

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

BRUNO POLONIO RENZETTI

***SHAM LITIGATION*: ORIGENS, (IN)DEFINIÇÕES E RECEPÇÃO NO
DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO**

CURITIBA

2015

BRUNO POLONIO RENZETTI

***SHAM LITIGATION*: ORIGENS, (IN)DEFINIÇÕES E RECEPÇÃO NO
DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini
Co-Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ditzel
Faraco

CURITIBA

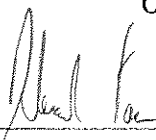
2015

TERMO DE APROVAÇÃO**BRUNO POLONIO RENZETTI****SHAM LITIGATION: ORIGENS, (IN)DEFINIÇÕES E
RECEPÇÃO NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO**

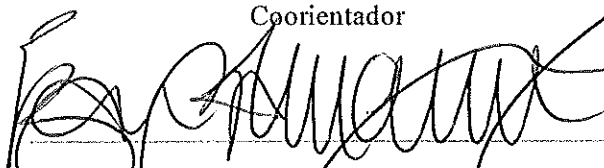
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



EDUARDO TALAMINI
Orientador



ALEXANDRE DITZEL FARACO
Coorientador



EGON BOCKMANN MOREIRA - Direito Público
Primeiro Membro



GUSTAVO OSNA
Segundo Membro



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) **BRUNO POLONIO
RENZETTI**

Aos dezesseis dias do mês de novembro do ano de 2015, às 10:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) BRUNO POLONIO RENZETTI, sobre o tema, "SHAM LITIGATION: ORIGENS, (IN)DEFINIÇÕES E RECEPÇÃO NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, EDUARDO TALAMINI (Orientador), ALEXANDRE DITZEL FARACO (Coorientador), EGON BOCKMANN MOREIRA - Direito Público e GUSTAVO OSNA, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0, 10,0, 10,0 e 10,0; perfazendo a média igual a 10,0.

Obs.

Curitiba - PR, 16 de novembro de 2015.

Eduardo Talamini Adelino

EDUARDO TALAMINI

ALEXANDRE DITZEL FARACO

Orientador

Coorientador

EGON BOCKMANN MOREIRA - Direito
Público

GUSTAVO OSNA

1º Membro

2º Membro

Aos meus pais – primeiros advogados que tive na vida.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

“Se eu vi mais longe foi por estar de pé sobre o ombro de gigantes.”

Isaac Newton

A tarefa de chegar ao fim da graduação em Direito não foi de maneira alguma simples. Entretanto, ela se tornou muito mais prazerosa devido à presença de algumas pessoas essenciais nesta jornada, as quais agora agradeço.

Aos meus pais, Isabella e Nelto, por todo o incentivo, apoio, amor e carinho – além do grande exemplo profissional. Seguiram à risca o mandamento de Eduardo Couture, pois o filho deles decidiu também desbravar as sendas jurídicas. À minha irmã Giovanna, com quem desde 2013 passei a dividir não só o teto, mas também a rotina e as angústias diárias. À minha avó Rosa, por acreditar em mim quando até eu duvidava.

Fui contemplado com a sorte de encontrar boas almas na Faculdade para me acompanharem durante estes cinco anos. Agradeço imensamente a Antonio Seixas, Clóvis Pinho, Davi Scopel, Eduardo Silveira, Felipe Texa, Fernando Struecker, Luiz Felipe Campos, Paulo Liebl, Pedro Oliveira, Rodrigo Piccolotto, Rafael Pretel e ao calouro Bruno Bianchi pela companhia diária nas salas de aula. À dama Karina Nakayama, por toda a amizade e cumplicidade.

Ainda, sou eternamente grato aos meus veteranos, verdadeiros guias destas colunas centenárias: Carlos Vagetti e Fábio Tamborlin, formando o “Bonde do 201”; Renata Janini, a “Morena”; Pedro Pannuti; Felipe Liebl, Álvaro Rotunno e Amália Baki, Gustavo Osna, Hugo Sirena, Bruno Prado, André(x) Dias, Filipe Pace, Fernando Stival, Dennis Bragagnolo, Marcella Lima e Eduardo Mattos – agradeço por todo o exemplo.

O desafio de sair do interior do estado para cursar a Faculdade na capital foi atenuado pelos laços de amizade criados há muito tempo e nos quais sempre pude me apoiar. Aos amigos de Maringá, membros da *famigerada* “Caverna dos Varões”, me faltam palavras para expressar minha gratidão pelo companheirismo e amizade verdadeira, a qual transcende as barreiras geográficas. À amiga Mariana Pimentel, companheira de ensino fundamental, médio e de vida forense, meus mais sinceros

agradecimentos pela paciência comigo e com as incertezas da vida, além dos bons conselhos.

A experiência acadêmica não poderia ser completa sem o engajamento nas atividades extra-curriculares. Minha formação não teria sido a mesma sem o Partido Democrático Universitário, os valores e amigos que lá forjei. Foi ali que conheci as pessoas com as quais iria dividir a direção do Centro Acadêmico Hugo Simas na gestão 2012/2013 – uma das melhores experiências que tive na faculdade. Muito obrigado. De igual importância foram as experiências no Grupo de Estudos em Arbitragem e a participação no XXXIV Programa de Intercâmbio do CADE.

O complemento da formação acadêmica se deu com a experiência profissional e os estágios realizados. Aos meus primeiros chefes – Rafael Munhoz de Mello e Fábio Yamasaki –, além do amigo Ricardo Bueno, meus agradecimentos por terem me apresentado a vida forense. Também, meus mais sinceros agradecimentos aos Drs. Tarcísio Araújo Kroetz e Rodrigo Cavali por terem me mostrado um novo mundo ao fim da Faculdade e me concederam a oportunidade de iniciar minha profissão. Obrigado à Tainá Araújo, a quem chamo de mentora, por tudo o que aprendi e pela amizade – a qual um oceano não separa; à Ginny Kroetz, com qual divido não somente a mesa diariamente, mas também a amizade e aflições daqueles que iniciam a vida jurídica.

Aos meus orientadores, minha gratidão por terem embarcado comigo nesta jornada. São ambos grandes exemplos de profissional e de pessoa humana, modelos que sempre levarei comigo.

Agradeço a Deus, pela oportunidade de poder concluir esta marcha acadêmica com saúde e sucesso.

Por fim e não menos importante: aos contribuintes brasileiros, muito obrigado por bancarem minha formação com o árduo dinheiro auferido de forma sacrificante. Em um país que dificilmente se vê a retribuição dos tributos pagos, oxalá um dia eu possa retribuir à sociedade a confiança depositada em mim.

*Praça Santos Andrade - 21 de outubro de 2015,
“Back To The Future Day.”*

*Zweifle nicht
an dem
der dir sagt
er hat Angst*

*aber hab Angst
vor dem
der dir sagt
er kennt keinen Zweifel*

Erich Fried, 1974.

RESUMO

A Constituição brasileira consagra, em seu rol de direitos fundamentais, o direito de ação e de petição por parte dos jurisdicionados. Qualquer cidadão possui a prerrogativa de ter no Judiciário ou em instâncias administrativas seu pedido apreciado e de obter uma respostas satisfatório por parte do órgão governamental. Todavia, ainda que seja um direito de caráter fundamental, este não pode ser utilizado de maneira abusiva, visando prejudicar outrem. Nesse sentido, no âmbito do Direito da Concorrência, o abuso do direito de petição com fins anti-competitivos pode ser configurado como um ilícito. Apesar de não ser uma conduta tipificada expressamente na Lei Antitruste, o agente do mercado que impõe custos colaterais a seu concorrente por intermédio de procedimentos judiciais ou administrativos atenta contra a ordem econômica, devendo sua atuação ser apreciada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O presente trabalho, portanto, tendo como referencial teórico a construção da Suprema Corte americana sobre *sham litigation*, investiga as origens deste entendimento e como ele foi transplantado para o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da análise de casos apreciados pelo CADE, nos quais o abuso de direito de petição como ilícito concorrencial foi objeto de apreciação no órgão antitruste.

Palavras-chave: *sham litigation*; CADE; Lei 12.529/2011; concorrência;

Códigos JEL: K21; K41; K42; L40.

ABSTRACT

The Brazilian constitution secures its citizens the right to petition as a fundamental right. Any citizen has the prerogative to seek relief from the Judiciary branch or any Administrative court. Nonetheless, even though it is a fundamental right, the right to petition cannot be used abusively, with intent to harm someone in any manner. The improper handling of the right to petition, which seeks anticompetitive ends, can be considered an antitrust infraction under the Antitrust Law, albeit it is not expressly prescribed in the law. The market agent, which imposes collateral costs to his competitor through the litigation process, must have his conduct scrutinized by the antitrust body. Thus, the present paper investigates the origins of the *sham litigation*, having the Supreme Courts on the matter as guides. The work also explores the approach taken by the Brazilian antitrust organ, evaluating the *ratio decidendi* chosen by the authorities.

Keywords: *sham litigation*; CADE; Law 12.529/2011; Competition.

JEL Codes: K21; K41; K42; L40.

TABELA DE CASOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

532.563/SP	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 23/02/2015
1.331.660/SP	Recurso Especial, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 11/04/2014
1.325.068/SP	Recurso Especial, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 04/02/2013
1.133.262/ES	Embargos de Divergência em Recurso Especial, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/06/2015, DJe 04/08/2015

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

08000.024581/1994-77	Caso SINPETRO
08012.006076/2003-71	Caso Baterias Moura
08012.004484/2005-51	Caso Siemens VDO
08012.004283/2000-40	Caso ShopTour
08012.011508/2007-91	Caso Eli Lilly
08012.005335/2002-67	Caso Ediouro
08700.006964/2015-71	Caso Uber

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

221 U.S. 1	<i>The Standard Oil Company of New Jersey v. The United States</i>
365 U.S. 127	<i>Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.</i>
381 U.S. 657	<i>United Mine Workers v. Pennington</i>
404 U.S. 508	<i>California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited</i>
410 U.S. 366	<i>Otter Tail Power Co. v. Unites States</i>
508 U.S. 49	<i>Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries</i>

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CPC	Código de Processo Civil – Lei nº 5.869/1973
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
GDF	Governo do Distrito Federal
Lei Antitruste	Lei nº 12.529/2011
nº	Número
NCPC	Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SG	Superintendência-Geral do CADE
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. ORDENAMENTO ANTITRUSTE E ILÍCITO CONCORRENCIAL	16
1.1. O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO	16
1.1.1. <i>Evolução Legislativa do Direito da Concorrência</i>	17
1.1.2. <i>As Mudanças Trazidas pela Lei Nº 12.529/2011</i>	24
1.2. TEORIA DOS ILÍCITOS CONCORRENCIAIS NA LEI ANTITRUSTE	26
1.2.1. <i>O Objeto de Tutela do Direito Concorrencial</i>	26
1.2.2. <i>A Racionalização do Art. 36 da Lei 12.529/2011</i>	28
1.3. SÍNTESE DO CAPÍTULO	32
2. SHAM LITIGATION: ORIGENS E EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	34
2.1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NORTE-AMERICANA	34
2.2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PETIÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA	37
2.3. A CONSTRUÇÃO DA DOCTRINA <i>NOERR-PENNINGTON</i>	37
2.3.1. <i>Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.</i>	38
2.3.2. <i>United Mine Workers v. Pennington</i>	40
2.4. A EXCEÇÃO <i>SHAM</i> À DOCTRINA <i>NOERR-PENNINGTON</i>	42
2.4.1. <i>California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited</i>	43
2.4.2. <i>Otter Tail Power Co. v. United States</i>	45
2.4.3. <i>Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries</i>	47
2.5. A DISCUSSÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS	49
2.6. AS (IN)DEFINIÇÕES DE <i>SHAM LITIGATION</i> NA DOCTRINA	52
2.7. SÍNTESE DO CAPÍTULO	56
3. O DIREITO DE PETIÇÃO E SEU ABUSO, LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E SHAM LITIGATION NO ÂMBITO DO CADE: ANÁLISE DE CASOS	57
3.1. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PETIÇÃO E DE AÇÃO E SEU CARÁTER FUNDAMENTAL	57
3.1.1. <i>Possibilidade de Restrição a Direitos Fundamentais</i>	59
3.1.2. <i>O Direito Fundamental de Petição e Ação</i>	62
3.2. O ABUSO DE DIREITO E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ	63
3.2.1. <i>Abuso de Direito</i>	63
3.2.2. <i>O Abuso de Direito no Âmbito Processual e a Litigância de Má-Fé</i>	64
3.3. A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO DIREITO CONCORRENCIAL: ANÁLISE CASUÍSTICA DO <i>SHAM LITIGATION</i> NO ÂMBITO DO CADE	71
3.3.1. <i>Caso SINPETRO</i>	72
3.3.2. <i>Caso Baterias Moura</i>	74
3.3.3. <i>Caso Siemens VDO</i>	76
3.3.4. <i>Caso ShopTour</i>	79
3.3.5. <i>Caso Eli Lilly</i>	81

3.3.6. <i>Caso Ediouro</i>	84
3.3.7. <i>Caso Uber</i>	87
3.4. O POSICIONAMENTO ADOTADO PELO CADE	88
3.5. O <i>ENFORCEMENT</i> DAS DECISÕES DO CADE PELO PODER JUDICIÁRIO.....	88
3.6. SÍNTESE DO CAPÍTULO	92
4. CONCLUSÕES	93
BIBLIOGRAFIA	94

INTRODUÇÃO

A Constituição promulgada em 1988 estruturou uma nova ordem jurídica no Brasil, consagrando os objetivos e fundamentos da República, além de diversos direitos fundamentais, que não respeitam critérios topográficos, pois observados em todo o texto constitucional e não somente no rol exemplificativo do artigo 5º.

Neste cenário, o texto trouxe, a partir de seu art. 170, disposições atinentes à Ordem Econômica e Financeira do país, elencando seus princípios basilares: a proteção à livre iniciativa, livre concorrência e a repressão ao abuso de poder econômico. Estrutura-se, portanto, um sólido arcabouço para a investigação e condenação e atos atentatórios à ordem econômica.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi estruturado, primeiramente, com a Lei 8.884/1994 e, posteriormente, reformado com a promulgação da Lei 12.529/2011. Desde 1994 até 2011, chegando a 2015, muita coisa mudou em relação ao tratamento dado pela comunidade forense ao Direito da Concorrência.

Ao mesmo tempo que as formas de investigação dos ilícitos concorrenciais foram aperfeiçoadas, as manobras elusivas perpetradas por agentes do mercado também evoluíram *pari passu*. Hoje, a preocupação das autoridades antitruste ultrapassa a clássica inquietação dos cartéis de preços – existem condutas detalhadamente arquitetadas para causar danos à concorrência e ao consumidor, que não podem passar incólumes pelo órgão antitruste.

É neste contexto que se insere o tema do presente trabalho. Como se verá no desenvolvimento da monografia, o abuso de direito de petição como ilícito concorrencial – *sham litigation* – é uma prática que teve seu início da década de 1960 nos Estados Unidos, mas somente recentemente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica teve a oportunidade de analisar tais condutas em cotejo com o ordenamento jurídico brasileiro.

A presente monografia foi dividida em três capítulos, todos eles com sua importância particular, a fim de localizar e situar o leitor no assunto que será tratado.

Primeiro, tem-se um breve resgate histórico do tratamento do direito econômico e da concorrência na história constitucional brasileira. No mesmo

capítulo, investiga-se a teoria do ilícito concorrencial e qual o objeto de tutela do Direito da Concorrência.

Na segunda parte, aborda-se a análise dos casos paradigmáticos julgados pela Suprema Corte estadunidense, os quais levaram à formação da Doutrina *Noerr-Pennington* e sua posterior exceção. Não se olvida aqui de trazer à colação as opiniões doutrinárias sobre o fenômeno do *sham litigation*.

O derradeiro capítulo, por sua vez, trata de trazer ao ordenamento pátrio a discussão sobre *sham litigation*. Investiga-se o caráter fundamental dos direitos de ação e petição na ordem constitucional nacional, para, então, se entender como se dá seu abuso e proceder com a análise das decisões sobre o tema exaradas pelo CADE – a fim de se entender como a doutrina estrangeira foi recebida pelas autoridades antitruste brasileiras.

De forma alguma pretende-se aqui oferecer respostas definitivas sobre a forma de apreciação do *sham litigation* no Brasil, mesmo porque ainda é um tema de muita controvérsia no próprio âmbito do CADE, de forma que sua discussão é renovada constantemente. Quer-se, todavia, apenas oferecer uma contribuição ao estudo do Direito da Concorrência no país, para que possa realizar seus desideratos constitucionais – como a justiça social e redução da pobreza – e para que os agentes do mercado, a partir das disposições legais e não somente pelo alto e intimidador pé-direito na recepção do Edifício Carlos Taurisano¹, em Brasília, sintam-se realmente amedrontados de abusar do poder econômico.

¹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 11

1. ORDENAMENTO ANTITRUSTE E ILÍCITO CONCORRENCIAL

"Antitrust laws... are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free-enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms." (Justice T. Marshall, 405 U.S. 596)

O capítulo inicial o trabalho se ocupará de resgatar as origens históricas do direito concorrencial no Brasil e identificar seus interesses tutelados. Passando pela história constitucional do país, pretende-se verificar como a livre concorrência e a livre iniciativa tornaram-se princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio.

Após percorrer o trajeto histórico das disposições constitucionais relativos à ordem econômica, o trabalho analisa as legislações específicas atinentes ao antitruste, começando pela Lei Malaia e culminando na atual Lei 12.529/2011, a qual disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Por fim, o capítulo aponta qual o verdadeiro objeto de tutela do direito da concorrência e, a partir disso, expõe as teorias acerca das condutas ilícitas no direito da concorrência.

1.1. O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

As normas antitruste brasileiras são relativamente novas, quando comparamos com outros ordenamentos – notadamente, o direito norte-americano. Em que pese este fato, o direito concorrencial brasileiro já sofreu diversas mudanças ao longo de sua história.

No presente capítulo, não se investigará a disciplina da concorrência antes do século XX, muito embora PAULA A. FORGIONI demonstre que, mesmo ainda nos tempos de colônia, o Brasil já experimentava sopros de atuação do Estado (neste caso, a metrópole) no ordenamento econômico e, até mesmo, uma certa preocupação com o consumidor da época. A autora relembra também o liberalismo que se instalou no país após a vinda de D. João VI e a Coroa Portuguesa, em 1808².

O breve resgate histórico a ser feito neste capítulo tomará como ponto de partida a Constituição promulgada em 1934, a qual trouxe, pela primeira vez, a liberdade econômica em seu texto. Após, analisar-se-á como o direito concorrencial

² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 85-94.

passou a ser tratado não somente no texto constitucional, mas também em suas leis específicas, culminando no art. 170 e seguintes da Constituição de 1988 e a atual Lei 12.529/2011.

1.1.1. *Evolução Legislativa do Direito da Concorrência*

a) *As Constituições do período Vargas e a Lei Malaia*

A Assembleia Constituinte instalada por Getúlio Vargas em 1933, com o objetivo de sufocar os ânimos exaltados com a Revolução Constitucionalista de 1932, foi influenciada por outros textos constitucionais, principalmente a Constituição Alemã de Weimar (1919) e a Constituição Espanhola (1931). Estas Constituições do continente europeu já traziam em seu bojo disposições acerca da ordem econômica e social, elevando a indústria e o crescimento urbano ao *status* constitucional.

Em verdade, a Constituição de 1934, bebendo destas fontes europeias, inaugurou um novo momento para a relação entre Estado e Economia no Brasil. O texto constitucional trazia, em seu art. 115, a seguinte previsão: “Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

A leitura do dispositivo constitucional deixa clara a intenção do constituinte ao redigi-lo: ao mesmo tempo em que celebrava a liberdade econômica, esta só poderia ser exercida dentro de certos limites. A ideia de limites liga-se intrinsecamente ao conceito de que seria facultado ao Estado intervir *na* e *sobre* a economia³, a fim de proteger interesses maiores do que aqueles dos agentes econômicos considerados em sua individualidade.

Estes limites colocados pela Constituição eram oriundos de uma política regulatória encampada por parte do Governo Federal. Como bem colocado por PAULA A. FORGIONI, o Estado brasileiro intensifica sua atuação no domínio econômico, buscando não apenas corrigir as disfunções trazidas pela economia

³ “Art. 116 – Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência de Poderes locais. Art. 177 – A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguro em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedade brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no país.”

vigente à época, mas também ser o fio condutor deste sistema, regulamentando a atividade dos agente econômicos⁴.

É neste sentido que EGON BOCKMANN MOREIRA assevera que o governo de Vargas, ao mesmo tempo que celebrava a liberdade de empresa, também instalava a atuação do Estado na economia. Para MOREIRA, a atuação estatal no domínio econômico passou a ter dimensão constitucional – era uma ordem econômica capitalista que ainda reservava grande capacidade ao Governo Federal para intervir e regulamentar a economia. Determinados setores tornaram-se totalmente dependentes dos desideratos do governo:

O Executivo federal ampliava a sua competência interventiva, imiscuindo-se em quase todos os temas econômicos: desde serviços de radiodifusão até corridas hípias, passando pela exploração d'água, vinho e trigo. A economia e o Estado fundiram-se numa uniformização antitética à configuração liberal da Carta de 1934. Tratava-se de um liberalismo permitido, um “liberalismo estatal” condicionado pela voragem político-econômica do Estado⁵.

A pretensa Constituição liberal de 1934 durou apenas cerca de três anos: sucumbiu às pretensões do Estado Novo de Getúlio Vargas, com sua maior inclinação direitista e perfil interventivo do Estado na economia – limitando ainda mais a liberdade de iniciativa privada. O Estado Novo exacerbou as características interventivas, notadamente a partir do incentivo público da industrialização, nacionalizações e organização econômica cooperativa. Esta matriz intervencionista está bem esclarecida no art. 135 da Constituição de 1937 – conhecida, também, como “A Polaca”:

Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e

⁴ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 99

⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956)**, n. p. O autor ainda aponta a importância que o Código de Águas teve no contexto econômico varguista. A partir deste diploma, o governo passou a exercer controle dos preços das tarifas públicas, represando, assim, os aumentos, gerando dois importantes fatos no ordenamento econômico: por uma banda, implicou o controle de preços e critérios de reajuste – impossibilitando o aumento contratual periódico e revisão dos contratos de acordo com as balizas do Poder Executivo. De outro lado, a retração dos reajustes teve que conviver com o aumento inflacionário, o qual, em combinação com o bloqueio estatal dos preços, desestimulou o interesse de investidores internacionais no país.

coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Assim, em que pese defender a iniciativa privada, o Estado passava a controlar a economia nacional através de incentivos e da intervenção direta com investimento públicos – ferrovias, navegação, aço, petróleo, etc. O Estado, neste sentido, firmava-se cada vez mais como regulador, alinhado a uma política de nacionalismo econômico⁶.

Entretanto, importante para o presente trabalho, é o disposto no art. 141 do texto constitucional de 1937, o qual colocava como princípio a proteção à economia popular: *“Art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.”*

É neste contexto que surge o primeiro diploma antitruste brasileiro. Para regulamentar o art. 141, adveio o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938. Sob a égide desta legislação, foram introduzidas no direito brasileiro algumas normas antitruste que perduram atualmente – a título de exemplo, PAULA A. FORGIONI elenca: coibição do açambarcamento de mercadorias, manipulação da oferta e da procura, fixação de preços mediante acordo entre empresas, venda abaixo do preço de custo e exclusividade.

A professora paulista ainda aponta enfaticamente a função da primeira lei antitruste brasileira: a tutela da economia popular e, portanto, do consumidor. O antitruste, continua a autora, “não nasce no Brasil como fator de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso de poder econômico e tendo com interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.”⁷

O Decreto-Lei 869, apesar de ter introduzido importantes princípios ao direito concorrencial brasileiro, não obteve uma aplicação muito relevante nesta seara. O

⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956)**, n. p.

⁷ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p.100.

próximo passo na defesa da concorrência no Brasil foi dado, então, com a edição do Decreto-Lei nº 7.666/1945, projeto que teve a autoria de Agamenom Magalhães, ministro do presidente Getúlio Vargas.

Tal diploma, que ficou conhecido historicamente como “Lei Malaia”, representou, em termos de sistematização e técnica jurídica relativa ao direito da concorrência, grande avanço. Foi o Decreto-Lei 7.666/45 que produziu o advento da Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE) e tinha caráter claramente administrativo e não penal. Segundo FORGIONI, “à Administração Pública era dado averiguar as práticas contrárias aos interesse da economia nacional, determinar a aplicação de sanções e autorizar atos restritivos”⁸ - assim, atos não aprovados pela CADE seriam nulos e sem efeito.

A Lei Malaia determinava a ilicitude das práticas em virtude de seus efeitos, de forma que a intenção do agente não era determinante. Todavia, a Lei introduziu importante conceito ao ordenamento concorrencial: são considerados pela lei não apenas os efeitos imediatos da práticas, mas também pelos efeitos *potenciais* que poderiam resultar das práticas anti-competitivas.

O Decreto-Lei 7.666/45 esteve vigente até a queda de Getúlio Vargas, quando foi revogado.

b) A Constituição de 1946 e a Lei 4.137/1962

Foi somente na Constituição de 1946 elaborada pelo governo Dutra a repressão ao abuso de poder econômico foi consagrado no texto constitucional⁹. Inicia-se, portanto, uma nova fase do ordenamento antitruste brasileiro, onde a ênfase deixa de ser na defesa da economia popular.

Sob a égide desta Constituição, promulgou-se a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, acerca da qual acalorados debates legislativos se sucederam. Segundo PAULA A. FORGIONI relata, as discussões travadas no Congresso Nacional iam desde a falta de uma definição exata sobre o que seria “abuso de poder econômico”,

⁸ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p.105.

⁹ “Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

passando pelos supostos excessos de poderes da CADE e problemas acerca de insegurança jurídica¹⁰.

Ao cabo, a Lei sancionada acabou tendo um texto muito diferente do seu projeto inicialmente apresentado, embora seja o diploma que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

c) A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 1/1969

Após a promulgação da Lei 4.137/1962, muita discussão se travou acerca de sua interpretação. A questão fulcral estava na exegese do art. 2º da referida lei¹¹, sobre o caráter taxativo (ou não) das condutas elencadas, enfrentando problemas de como proporcionar segurança jurídica e previsibilidade aos agentes econômicos.

O CADE enfrentou estas questões ao apreciar o “Caso da Barrilha”. Como relembra PAULA A. FORGIONI, o caso versava sobre a suposta prática de *dumping* por empresas de vidros e importados de barrilha – prática esta não elencada expressamente pela Lei 4.137/62¹². Em que pese a acusação ter sido julgada

¹⁰ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 111

¹¹ Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico: I - Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a, concorrência por meio de: a) ajuste ou acôrdo entre emprêsas, ou entre pessoas vinculadas a tais emprêsas ou interessadas no objeto de suas atividades; b) aquisição de acervos de emprêsas ou de cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de emprêsas; d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais emprêsas ou de uma ou mais pessoas físicas; e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma emprêsa; f) cessação parcial ou total das atividades de emprêsa promovida por ato próprio ou de terceiros; g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de emprêsa. II - Elevar sem justa causa os preços, no caso de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção. III - Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de: a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo; b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima; c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo; d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de emprêsas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas; IV - Formar grupo econômico, por agregação de emprêsas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de: a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço; b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem. V - Exercer concorrência desleal, por meio de: a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária; b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

¹² Em minucioso trabalho sobre o caso, Aluysio Guimarães também esclarece: “o alvo das acusações foi a associação das fábricas automáticas de vidro que utilizavam o produto da CNA (Companhia Nacional de Álcalis) como matéria-prima, e que estariam também exercendo suas atividades de comum acordo com grupos alienígenas interessados no retardamento daquela Companhia.” GUIMARÃES, Aluysio. **O Caso da Barrilha**. In.: Cadernos de Administração Pública, v. 64. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996, p. 3-4.

improcedente ao fim, o caso tornou-se importante devido ao entendimento do CADE sobre o caráter não taxativo do art. 2º da Lei 4.137/1962: o Procurador-Geral do CADE à época entendeu que a lei fornecia apenas o roteiro para a apuração dos abusos de poder econômico, seja qual for a máscara com a qual se esconde a conduta, sendo competência do Conselho apurar a verdade dos fatos e reprimir a prática abusiva. No mesmo sentido, o Tribunal exarou entendimento de que o abuso de poder econômico caracteriza-se por meios que tenham como desígnio dominar mercados, eliminar a concorrência e aumentar lucros arbitrariamente¹³.

Esta decisão, entretanto, enfrentou opiniões contrárias. O próprio CADE, na ocasião do Processo de Averiguações Preliminares 37, decidiu que se exige rigoroso enquadramento legal do possível abuso de poder econômico. A discussão também voltou à tona com a Emenda Constitucional de 1969, a qual colocou a repressão ao abuso de poder econômico como um princípio basilar da ordem econômica e social¹⁴.

Neste contexto constitucional, alguns oportunos intérpretes da Lei Antitruste, portanto, perceberam que poderiam utilizar seu amplo texto para limitar comportamentos específicos, mesmo que não estivessem expressamente elencados pelo art. 2º da Lei 4.137/1962 – como o próprio *dumping*, por exemplo.

Estas questões enfrentadas pelo direito da concorrência durante sua evolução no contexto nacional são, na visão de PAULA A. FORGIONI, não apenas mero exercício acadêmico, mas sim uma análise imprescindível para se compreender a superação de tais questões pelo desenvolvimento legislativo antitruste, possibilitando o correto entendimento do atual estado do estudo do direito concorrencial no Brasil¹⁵.

d) A Constituição de 1988 e a Lei 8.884/1994

A promulgação da atual Constituição brasileira inaugurou uma nova fase acerca do entendimento da ordem econômica nacional e do papel do direito da concorrência nesta dinâmica.

¹³ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 113.

¹⁴ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;

¹⁵ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 115.

Presente tanto na parte inicial da Constituição como no capítulo específico da Ordem Econômica, está o valor social da livre iniciativa. Para Eros Roberto GRAU, a livre iniciativa deve ser tomada como fundamento da República, mas não como mera expressão individualista, e sim como algo socialmente valioso. Ademais, a livre iniciativa deve ser compreendida como desdobramento da própria liberdade, também consagrada, principiologicamente, como fundamento da República e da própria ordem econômica¹⁶. Estes princípios são, portanto, instrumentos para a promoção da dignidade humana e existência digna¹⁷.

O texto também eleva à categoria de princípio constitucional a livre concorrência, em seu art. 170, IV. Na mesma toada, a Constituição também prevê a repressão ao abuso de poder econômico: “Art. 173 - § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” Assim, ponderando sobre estas disposições, Eros GRAU conclui que a livre concorrência prevista como princípio constitucional corresponde à *liberdade de concorrência*, desmembrando-se em liberdades privadas e públicas¹⁸.

Desta forma, sob o manto dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, promulgou-se a Lei nº 8.884/1994, o qual sistematizou a matéria antitruste e aperfeiçoou seu tratamento legislativo, além de alterar a natureza jurídica do CADE para autarquia federal.

Com a Lei 8.884/94 teve advento o que passou a ser conhecido como o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), que era composto pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”), com vinculação ao Ministério da Fazenda, e a Secretaria de Direito Econômico (“SDE”), vinculada ao Ministério da Justiça.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, p. 198-199. O autor ainda pondera que a “livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a “iniciativa do Estado”; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa.”

¹⁷ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. **O Estado, a Empresa e o Contrato**, p. 123.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, p. 207. Na mesma passagem, o autor se vale dos ensinamentos de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, em *A economia e o controle do Estado*: “A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluída, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental - a competitividade - que define a livre concorrência.”

O Professor EROS ROBERTO GRAU, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, entende que a Lei nº 8.884/94 trouxe concreção aos princípios constitucionais, principalmente da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e repressão ao abuso de poder econômico. Nesse sentido, para o autor, a Lei estaria em coerência com a ideologia adotada pela Constituição promulgada em 1988, isto é, a preservação do modo de produção capitalista¹⁹.

No mesmo sentido entende VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO: sendo a lei antitruste fundamentada pela idealização constitucional de funcionamento do mercado, garantir a livre concorrência deixa de ser um fim em si mesmo, mas se torna um meio para a obtenção de resultados benéficos que a ela se associam, fundamentados por princípios constitucionais²⁰.

PAULA A. FORGIONI relata que, a partir da promulgação da lei em comento, aumentou-se o interesse acadêmico pela disciplina do antitruste, com a publicação de muitos trabalhos sobre o tema. Para a Professora, o progresso do país na área foi bastante considerável e destaca alguns pontos: consolidação do controle de concentrações empresariais, concretização do controle de cartéis, maior respeito do Judiciário pelo CADE e aumento da atuação do Ministério Público na seara concorrencial²¹.

1.1.2. *As Mudanças Trazidas pela Lei Nº 12.529/2011*

A nova lei de defesa da concorrência introduziu profundas alterações no SBDC. Alterou não somente a estrutura do próprio SBDC, mas também operou mudanças no que tange a análise de estruturas e condutas, uma de suas principais áreas de atuação.

Na nova estruturação do SBDC, o CADE passa a concentrar em si as funções de investigação dos casos de conduta, instrução dos atos de concentração e decisão final. Pela configuração inaugurada pela Lei 12.529/2011, a SDE deixa de fazer parte do SBDC, sendo seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica incorporado pelo corpo técnico do CADE. De acordo com Vinícius Marques de CARVALHO, “a consolidação de funções em uma só agência garante a tramitação mais ágil de processos, eliminação de sobreposições de tarefas e maior

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, p. 207.

²⁰ CARVALHO, Vinícius Marques de. *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**, p. 21.

²¹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 122-123.

especialização de áreas técnicas. (...) A tendência, com isso, é que o CADE passe a funcionar de forma mais eficiente”²². O CADE, portanto, de acordo com o art. 5º da lei, torna-se composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos²³.

Uma das principais mudanças trazidas pelo texto da nova lei, está no art. 88, §3º.²⁴ De acordo com esta disposição, os atos de concentração econômica devem ser submetidos *previamente* à apreciação do CADE, antes da concretização da operação. A não apresentação dos atos ao CADE é causa de pena de nulidade e imposição de multa pecuniária²⁵. Para PAULA A. FORGIONI, esta imposição de apresentação prévia dos atos de concentração depositam sobre a Administração Pública um grande poder, de forma que o controle de seus excessos deve ser feito pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário²⁶.

Tem-se, portanto, que a nova lei aumenta o âmbito de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, dando-lhe maiores poderes para efetivamente

²² CARVALHO, Vinícius Marques de. *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**, p. 32-33. O autor ainda pondera que a opção por dado desenho institucional é resultado de escolhas que buscam harmonizar e concretizar três objetivos fundamentais: “promover o adequado e eficiente cumprimento da função pública, controlar o exercício da atividade estatal em vista do respeito aos direitos e garantias individuais e legitimar a atuação estatal face às necessidades de interferência dos indivíduos no desempenho da autoridade.”

²³ Art. 6º. O Tribunal Administrativo, órgão judicante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

Art. 12. O Cade terá em sua estrutura uma Superintendência-Geral, com 1 (um) Superintendente-Geral e 2 (dois) Superintendentes-Adjuntos, cujas atribuições específicas serão definidas em Resolução.

Art. 17. O Cade terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.

²⁴ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

²⁵ As provisões do art. 88 da Lei 12.529/2011 foram regulamentadas pelo Regimento Interno do CADE, a partir de seu art. 108. Ademais, disposições contratuais que possam ter o condão de formalizar atos de concentração, implicando integração prematura das partes envolvidas, isto é, antes de apresentação ao CADE, podem caracterizar a prática de *gun jumping*. Uma das primeiras situações em que a Procuradoria-Geral do CADE recomendou a condenação por *gun jumping* foi no Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19, entre OGX Petróleo e Gás e Petróleo Brasileiro S/A. Como este tema foge ao escopo da monografia, para maiores esclarecimentos sobre *gun jumping*, v. MARTINS, Amanda Athayde Linhares. ***Gun jumping: controle prévio de estruturas e o CADE***. Revista do IBRAC, v. 22, 2012, p. 57-80.

²⁶ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 124.

coibir os abusos de poder dominantes e outras práticas lesivas ao consumidor. Todavia, deve-se prezar por uma atuação conjunta entre CADE, Ministério Público e Poder Judiciário, para efetiva concretização dos objetivos da Lei 12.529/2011.

1.2. TEORIA DOS ILÍCITOS CONCORRENCIAIS NA LEI ANTITRUSTE

Feito o relato histórico das legislações antitruste brasileira e a análise das mudanças trazidas pela última alteração legislativa em 2011, conhecimento necessário para se entender a dinâmica atual do direito da concorrência no Brasil, passa-se à próxima seção.

Nesta segunda parte do primeiro capítulo da monografia, investigar-se-á qual o verdadeiro objeto de tutela do direito da concorrência, bem como quais interesses (e de quem) ele procura proteger. Após, uma vez assentada a questão da tutela, proceder-se-á o cotejo do entendimento doutrinário com as disposições sobre ilícitos concorrências presente no texto positivado da Lei 12.529/2011.

1.2.1. *O Objeto de Tutela do Direito Concorrencial*

A leitura atenta da Constituição Federal e da Lei nº 12.529/2011 permite entender que o legislador brasileiro reconheceu a pluralidade de interesses abarcados pelas normas antitruste.

Segundo CALIXTO SALOMÃO FILHO, a livre concorrência e a proteção do consumidor convivem como objetivos da legislação antitruste. O primeiro, ao invocar uma concepção ordoliberal do sistema concorrencial²⁷, preocupa-se com a igualdade de condições mínimas de concorrência, com a liberdade de acesso e permanência no mercado. A existência de barreiras, naturais ou artificiais, são exemplos de práticas limitadoras de acesso ao mercado por novos *players*. No que tange aos consumidores, a defesa deles foi incluída expressamente no artigo inaugural da Lei 12.529/2011. São os consumidores, portanto, titulares imediatos das regras concorrenciais, de forma que há uma preocupação indispensável com a

²⁷ Sobre os fundamentos do ordoliberalismo, por todos, cf. VANBERG, Viktor J. **The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism**. Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik: Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

eficiência econômica e distribuição paritária de benefícios entre consumidores e produtores²⁸.

Valendo-se de teorizações originárias do direito alemão, CALIXTO SALOMÃO FILHO mostra como uma instituição jurídica pode ser titular de proteção²⁹. Para o autor, todos os direitos previstos na Lei Concorrencial constituem, também, interesses institucionais – sendo o principal interesse a manutenção da própria concorrência, que é ameaçada pelos ilícitos concorrenciais previstos na lei antitruste brasileira. É um interesse que afeta ambos concorrentes e consumidores.

Para SALOMÃO FILHO, exatamente por terem uma natureza institucional, os interesses tutelados pelo direito concorrencial necessitam de instrumentos não-estatais para seu devido exercício e proteção. Dessa forma, o autor enxerga como positiva a introdução, na Lei 12.529/2011, da Ação Civil Pública para a defesa dos interesses institucionais da ordem concorrencial³⁰.

Outro interesse tutelado pelo Direito da Concorrência que se identifica é o do consumidor. Este é o destinatário último das normas concorrenciais, mas não seu destinatário direto. Seu interesse, muitas vezes, é protegido através da preservação da instituição da concorrência. O interesse do consumidor é, primordialmente, a manutenção da existência da concorrência. Esta existência também é preservada a partir da tutela dos interesses do próprio concorrente, o *player* do mercado³¹.

Tem-se, logo, que a disciplina antitruste no Brasil alberga e tutela diversos interesses, mas que têm na proteção da própria concorrência seu ponto convergente. Nesse sentido, são esclarecedoras as linhas de PAULA A. FORGIONI:

Isso tudo significa que, no Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger

²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, p. 83. O autor ainda deixa claro, na mesma passagem, que não há incompatibilidade entre os interesses dos concorrentes e dos consumidores, pois “a defesa do sistema concorrencial, entendida como defesa da concorrência, não pode ser confundida com a proteção da existência de um tipo particular de concorrente ou de uma estrutura particular de mercado.”

²⁹ O autor vale-se da teoria das *Schutzgesetze*, ou seja, “normas de proteção”, previstas no Código Civil alemão. O descumprimento destas leis geralmente representa um dano à coletividade, de forma que se reconheceu o caráter de *Schutzgesetze* às regras sobre o meio ambiente e direito concorrencial. **Direito Concorrencial**, p. 86.

³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, p. 102.

³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, p. 103; p. 116.

o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico³².

A pluralidade de interesses protegidos pela Lei nº 12.529/2011 poderia suscitar dúvidas sobre qual deles deveria prevalecer em caso de conflito. Calixto SALOMÃO FILHO resolve esta questão ao ponderar que o interesse institucional é o único objeto imediato de tutela do direito concorrencial e permite resolver qualquer conflito que possa surgir entre interesses dos concorrentes e dos consumidores. Destarte, é a instituição da concorrência que deve ser protegida primordialmente, sendo justificada a intervenção para reestabelecer o equilíbrio em sua dinâmica quando o mercado e a livre escolha para o concorrente se mostra ameaçado³³.

1.2.2. A Racionalização do Art. 36 da Lei 12.529/2011

Pode-se dizer que o cerne da Lei Antitruste brasileira está em seu art. 36. Nele estão elencados atos que podem ser praticados e contratos que podem ser celebrados gerando prejuízos à concorrência e configurando práticas abusivas por parte dos *players* nos diversos mercados em que estão inseridos.

Em consonância com o que aqui já se discorreu acerca do objeto de tutela do Direito da Concorrência, entende-se que as disposições do art. 36 buscam proteger os princípios da livre concorrência e livre iniciativa, passando também pelo resguardo ao consumidor.

Assim, a defesa da ordem concorrencial é, no atual sistema constitucional, uma garantia institucional, devendo o direito da concorrência ser interpretado de maneira teleológica, levando em consideração suas duas principais características, assim elencadas por SALOMÃO FILHO³⁴.

Em primeiro lugar, sendo uma garantia institucional, o que realmente interessa é assegurar que determinada instituição seja imune a quaisquer potenciais efeitos lesivos. Destarte, as investigações e punições a abusos do poder econômico devem ser conduzidas por critérios objetivos, analisando-se os possíveis efeitos da conduta sobre o objeto jurídico protegido – qual seja, a própria ordem concorrencial. “Os efeitos das condutas são, no texto constitucional, os objetivos visados pelo ato

³² FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 189.

³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, p. 117.

³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, p. 405.

abusivo. O ilícito configura-se na presença do objetivo de atingir aquelas consequências econômicas. (...) a existência desse objetivo só pode ser admitida quando há ao menos a possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais.”³⁵

Em segundo lugar, tem-se que a expressão “abuso de poder dominante” deve receber uma importante função, servindo não apenas como conceito normativo, mas também destacando a intenção de produzir efeitos sobre a ordem econômica.

O inciso I do art. 36 tem um objetivo claro: seguindo os ditames constitucionais, busca tutelar a livre concorrência e a livre iniciativa, materializando as disposições do art. 170 do texto constitucional. Como já referido alhures, ambos os princípios não se confundem: se a livre iniciativa é a possibilidade de qualquer particular se lançar ao mercado sem a necessidade de autorização do Poder Público, a livre concorrência decorre da ideia que os preços devem seguir a dinâmica do mercado e seu jogo de forças, não sendo impostos por atos de autoridade.

Todavia, a intervenção estatal na economia não é de todo indesejável. Pondera PAULA A. FORGIONI que o sistema jurídico deve instituir e regulamentar tal influência. É tarefa do Estado disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência, bem como disciplinar a atuação dos agentes econômicos para que suas atividades sigam os ditames constitucionais.³⁶

A proteção ao consumidor também está presente como justificativa para a aplicação de sanções decorrentes de condutas tipificadas na lei concorrencial. O inciso III do art. 36, ao prever que comportamentos com o condão de “aumentar arbitrariamente os lucros” constituem infração de ordem econômica, busca proteger o consumidor contra empresas que buscam lucros excessivos em função de posições monopolísticas, em claro atentado ao ordenamento concorrencial.

Ponto importante da lógica por trás do sistema de sanções e tipificação de ilícitos da Lei 12.529/2011, é que a legislação não exige, para fins de condenação, que os efeitos prejudiciais à concorrência sejam observados – basta que as

³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, p. 405.

³⁶ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 138.

condutas *possam* produzir tais efeitos³⁷. O espírito da lei é claro: coibir atos que no futuro possam gerar efeitos anti-concorrenciais³⁸.

Ademais, cumpre ressaltar que as condutas arroladas no artigo 36 não são, de forma alguma, *numerus clausus*. Em verdade, trata-se de rol tão-somente exemplificativo – assim como também o era o art. 21 na antiga Lei 8.884/1994. Caso práticas não previstas no art. 36 venham a ocasionar os efeitos antevistos pelo *caput* do artigo, não há óbice para que sejam consideradas ilícitas, em que pese não estarem expressamente previstas no rol de infrações.

Esta racionalidade conduz ao entendimento de que não há, em sua maioria, no atual ordenamento concorrencial pátrio, condutas ilícitas *per se* – isto é, para serem consideradas como infrações concorrenciais, devem restar provados os efeitos abusivos e anti-competitivos de tal ação³⁹.

Faz-se aqui necessário um breve esclarecimento. O direito antitruste há muito se debruça sobre a regra *per se* e seu opositor, a regra da razão (*rule of reason*). Ambas têm suas raízes nos tribunais estadunidenses. Sobre a primeira, diz-se que deve ser aplicada em ocasiões onde o efeito deletério à concorrência perpetrado pelas condutas já foi provado inúmeras vezes, de forma que não há necessidade de prosseguir com maior instrução da investigação (averiguando o poder de mercado do concorrente, por exemplo). Não se pondera sobre os verdadeiros efeitos da conduta: uma vez que é observada, configura-se o ilícito concorrencial⁴⁰.

³⁷ CARVALHO, Vinícius Marques de. *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**, p. 103.

³⁸ “Ademais, não se aplica ao art. 36 a definição estrita de ato jurídico, tal como concebido pela doutrina do direito privado: o ato visado pela Lei Antitruste pode não ter por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito. Mais uma vez, a simples transposição de clássicas definições de direito civil para o direito da concorrência corre o risco de não ser adequada, pois as práticas serão vedadas ainda que não sejam consideradas jurídicas, que não produzam (ou possam produzir) qualquer efeito juridicamente vinculante, qualquer obrigação. (...) Na mesma vertente, o ato nulo de pleno direito, inválido ou ineficaz, ou que não tenha chegado a existir no mundo jurídico, poderá subsumir-se à Lei Antitruste brasileira, caso determine a incidência de qualquer dos incisos do art. 36, *caput*, da Lei 12.529, de 2011.” FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 144.

³⁹ CALIXTO SALOMÃO FILHO contesta este entendimento. Para o autor, nos casos de práticas que constituem concorrência desleal, não há o que se falar em aplicação da regra da razão, pois a ilicitude se verifica qualquer que seja a posição do agente. O problema, segundo o autor, é que, da maneira como foi redigida a legislação, qualquer conduta prevista nos incisos do §3º do art. 36 podem ser classificadas como hipótese de concorrência desleal. Isso pode implicar soluções ilógicas do ponto de vista econômico e injustas do ponto de vista econômico. **Direito Concorrencial**, p. 409.

⁴⁰ A Suprema Corte norte-americana já enfrentou em alguns casos a situação de aplicação da regra *per se*, cf. *NCAA v. Bd. of Regents*, 468 U.S. 85; *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411; *Broad Music, Inc v. Columbia Broad System, Inc.*, 441 U.S. 1; *Eastman Kodak Co. v. Image Tech*, 504 U.S. 451. Neste último caso, o *Justice* ANTONIN SCALIA bem definiu em seu voto dissidente: “*per se* rules of antitrust illegality are reserved for those situations where logic and

De outro banda, tem-se a regra da razão, aplicada a casos onde se sabe ao certo quais os efeitos que uma conduta pode trazer ao ordenamento concorrencial. A conduta, como colocada por HOVENKAMP, pode ser perniciosa em algumas situações e em outras não⁴¹. Portanto, sob o véu da regra da razão, não é a mera prática de condutas previstas na lei que configuram infrações – não há como se considerar uma conduta ilícita sem antes averiguar seus efeitos no mercado⁴². Somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não-razoável.

A adoção da regra da razão é importante por uma simples questão: há situações em que algumas práticas, ainda que restritivas da concorrência, trariam benefícios para todo o sistema, de forma que sua realização deve ser viabilizada pelo órgão concorrencial. Assim, a fim de não restringir a liberdade empresarial, a regra da razão é usada como uma “válvula de escape” do sistema, nos dizeres de PAULA A. FORGIONI, para evitar que suas normas destinadas a tutelar a concorrência, não desempenhem função oposta. Em síntese, a regra da razão é uma das técnicas utilizadas para viabilizar a realização de determinada prática – ainda que restritiva da concorrência – arredando as barreiras legais à sua consolidação⁴³.

O sistema concorrencial brasileiro, além de adotar a regra da razão para verificar o caráter (i)lícito das condutas dos *players*, tem como outra válvula de escape as isenções antitruste à necessidade de autorizações pelo CADE para a condução de concentrações que se subsumam aos critérios expostos no art. 88 da Lei 12.529/2011⁴⁴. Isto ocorre porque, em que pese a Lei Antitruste proteger a

experience show that the risk of injury to competition from the defendant's behaviour is so pronounced that it is needless and wasteful to conduct the usual judicial inquiry into the balance between the behaviour's procompetitive benefits and its anticompetitive costs.”

⁴¹ HOVENKAMP, Herbert. **Sensible Antitrust Rules for Pharmaceutical Competition**. University of San Francisco Law Review, v. 39, 2004, p. 19.

⁴² CARVALHO, Vinícius Marques de. *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**, p. 103.

⁴³ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 194-196. A autora, ao continuar desenvolvendo seu pensamento, promove importante esclarecimento: “a regra da razão não se identifica com a abordagem caso a caso das práticas analisadas, como muitas vezes tem dado a entender. O chamado *case by case approach* é outra das válvulas de escape de que pode lançar mão o intérprete na aplicação de uma norma antitruste, e significa, em linhas gerais, que *cada caso deve ser analisado individualmente, considerando-se suas particularidades, o contexto econômico no qual se insere e os efeitos anticompetitivos que produz no(s) mercado(s) relevante(s) atingido(s)*. A regra da razão, por sua vez, é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma “não razoável”. Percebe-se, portanto, que *a aplicação da regra da razão pode dar ensejo a uma análise caso a caso, mas com ela não se confunde*.” p. 201.

⁴⁴ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

concorrência de forma geral, há situações em que a competição há de ser minimizada.

Compartilhando da visão de PAULA A. FORGIONI acerca do caráter de lei geral atribuído à norma antitruste brasileira, tem-se que, neste cenário, leis específicas devem prevalecer sobre ela. Assim, compreende-se que o sistema jurídico brasileiro admite *isenções* à Lei Antitruste, não havendo de se questionar acerca da constitucionalidade das eventuais normas autorizadas de práticas anti-competitivas. As autorizações e isenções previstas em leis específicas que afastam a incidência da Lei Antitruste devem ser vistas como exceções à livre concorrência e livre iniciativa, devendo sempre estarem embasadas e terem seus limites na Constituição Federal. Ademais, é clarividente que tais normas não comportam interpretação extensiva, de forma que não se faculta a inclusão na isenção de algo não previsto em seu texto normativo. A interpretação deve ser restritiva – *cum grano salis*⁴⁵.

1.3. SÍNTESE DO CAPÍTULO

Este capítulo inicial tratou de localizar o leitor no tema a ser desenvolvido nas próximas páginas, funcionando como subsídio indispensável para a devida compreensão da dinâmica concorrencial no Brasil e do fenômeno da *sham litigation*.

A ordem econômica inaugurada na Constituição de 1988, ao estabelecer os corolários da livre concorrência e da livre iniciativa, trouxe novos paradigmas para o Direito da Concorrência brasileira, que tem, hoje, como interesse maior, a tutela institucional da concorrência, protegendo de forma indireta os consumidores e concorrentes.

Assim, natural que os ilícitos concorrenciais sejam caracterizados como aqueles que oferecem potencialmente consequências nocivas ao próprio instituto da concorrência. Esta garantia institucional deve ser imune a lesões.

Uma vez assentada a racionalização por trás da ordem econômica brasileira e da legislação antitruste, especialmente seus ilícitos concorrências, passar-se-á

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e
II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

⁴⁵ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, p. 213.

agora a investigar o abuso de direito de petição como ilícito concorrencial, cerne desta monografia. Após a análise de sua origem, conceituação e aplicação pelos tribunais estrangeiros, o trabalho se ocupará de investigar como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem recebido tal formulação no Brasil.

2. SHAM LITIGATION: ORIGENS E EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

No capítulo inicial deste trabalho foi apresentada a organização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a partir de uma breve perspectiva histórica, culminando na atual organização prevista pela Lei nº 12.529/2011.

Superada estas necessárias explicações iniciais, o segundo capítulo tratará das origens e construção da definição de *sham litigation* no âmbito do Direito da Concorrência. A partir de acórdãos paradigmas da Suprema Corte dos Estados Unidos, será estudada a racionalidade econômica e jurídica por trás deste fenômeno, bem como seu potencial efeito anti-concorrencial. Ao final, busca-se conjugar as definições trazidas pela doutrina, apontando suas congruências e divergências.

Assim, estará assentado o caminho para o terceiro e último capítulo deste trabalho, o qual tratará exatamente do tratamento dado ao fenômeno do *sham litigation* pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência.

2.1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NORTE-AMERICANA

Em meados dos anos 1800, a economia norte-americana ainda era agrária em sua maioria, permeada por diversas pequenas empresas. A partir de 1865, todavia, o país iniciou um período de modernização, simbolizado pela grande aumento da extensão das estradas de ferro nas décadas seguintes. A título de exemplo, em 1870 a extensão das estradas de ferro a oeste dos rios Mississippi e Ohio era de 25.000 milhas; em 1880, aumentou para 53.000 milhas e, dez anos depois, em 1890, já chegava a 93.000 milhas de estrada de ferro⁴⁶.

O aumento da malha ferroviária contribuiu para o simultâneo crescimento da urbanização, produção em massa e formação de um mercado consumidor de caráter urbanístico. Este contexto propiciou, ainda, a formação de diversos

⁴⁶ STIGLER, George J. The origins of the Sherman Act. In.: SULLIVAN, E. T. **The political economy of the Sherman Act: the first one hundred years.**

monopólios e oligopólios, bem como o início da organização empresarial em *corporations*⁴⁷.

As novas estradas de ferro, contudo, a fim de cessarem um processo de competição predatória, passam a celebrar acordos entre elas, estabelecendo parâmetros para suas condutas no mercado e em relação aos concorrentes. Surgia o fenômeno dos cartéis nas estradas de ferro.

RICHARD A. POSNER define que os contratos de cartel, celebrados entre competidores para fixar o preço do produto que vendem, ou, ainda, limitar a produção, são semelhantes a qualquer outro contrato em que as partes não assinariam se não esperassem melhorar sua posição. Contudo, os acordos para fixação de preços (cartel) são mais instáveis que a maioria dos contratos. Sobre este fenômeno, POSNER explica:

Uma parte do acordo “compra” a proposta das outras em não abaixo de certo preço, e o produto (a abstenção de concorrência de preços) se torna difícil de verificar. Se uma das partes perde vendas, isto pode se dar por diversas razões. Uma delas pode ser que um dos competidores a traiu. Como saber? Poderia perguntar aos compradores que perdeu, mas não poderia confiar em suas respostas. Os compradores poderiam dizer a ele que o competidor estava cobrando um preço mais baixo, ainda que isto não fosse certo, a fim de induzir ele mesmo a abaixar seu preço. Ademais, o competidor poderia ter aderido ao preço do cartel, mas melhorando seu produto, o que é um método de engano particularmente sutil⁴⁸.

Além da flagrante instabilidade dos acordos de cartel, suas normas não eram juridicamente vinculantes, de forma que não haveria maneira de alegar, legalmente, descumprimento delas por parte de um dos membros. A partir do momento que esta vulnerabilidade das *pools* de fixação de preços foi verificada, os atores econômicos passaram a verificar um modo mais eficiente para driblar períodos de baixa demanda.

A saída encontrada foi a formação de *trusts*, em substituição aos cartéis. Segundo ROBERT HEILBRONER, a estrutura dos *trusts* foi pensada pelo advogado da Standard Oil Co., SAMUEL DODD, em 1879, e explica:

⁴⁷ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. p. 73.

⁴⁸ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, p. 272. A tradução foi feita livremente por este autor.

Os acionistas de companhias que desejassem aderir ao Standard Oil Trust foram solicitados a ceder suas ações ao conselho de administração do novo truste. Por conseguinte, renunciariam ao controle acionário de suas companhias, mas, em compensação, obteriam “certificados de custódia”, que lhes dariam direito à mesma participação nos lucros que suas ações lhe asseguravam antes. Desse modo, os diretores da Standard Oil detinham o controle de todas as companhias associadas, enquanto que os antigos participavam integralmente nos lucros⁴⁹.

Esta foi a saída encontrada para revestir de maior “credibilidade” e “estabilidade” os acordos entre os agentes econômicos dos diversos mercados. A formação dos trustes, fusões e *holdings*, aliado também ao normal crescimento interno das *enterprises*, promoveu o surgimento de firmas gigantescas, absorvendo empresas menores pelo caminho, culminando no fato de que, ao fim do século XIX, muitas empresas eram maiores do que os Estados onde se encontravam. Como exemplo, HEILBRONER cita Ford, General Motors, General Electric, AT & T e du Pont.

O projeto de legislação federal trazido pelo Senador JOHN SHERMAN foi apresentado ao Congresso no início de 1888. Segundo LAWRENCE A. SULLIVAN e WOLFGANG FIKENTSCHER, os objetivos de uma legislação antitruste eram a preservação da concorrência em busca da proteção dos consumidores de preços excessivos e assegurando que os mercados continuassem abertos e protegendo os consumidores de táticas abusivas. Ademais, havia uma conotação implícita que eficiência e progresso, algumas das “qualidades” dos trustes, poderiam ser obtidas sem se abrir mão de mercados competitivos e sem ter práticas anti-competitivas das grandes firmas toleradas⁵⁰.

O *Sherman Act* foi promulgado em 1890. Sob seus auspícios diversos trustes foram processados e dissolvidos⁵¹. Em suas duas seções, o diploma declara ilegal qualquer forma de contrato, combinação ou conspiração que pretenda restringir o

⁴⁹ HEILBRONER, Richard L. **A formação da sociedade econômica**, p. 155-156. Além disso, o autor aponta que na mesma época da criação dos trustes, houve o advento das *holding companies*, criando uma base jurídica para que uma companhia central controlasse subsidiárias através da aquisição de ações.

⁵⁰ SULLIVAN, Lawrence A.; FIKENTSCHER, Wolfgang. **On the growth of the antitrust idea**. p. 200-201.

⁵¹ Em 1911, a Suprema Corte julgou o caso do Standard Oil Trust, companhia controlada pelo empresário John D. Rockefeller. O caso, que se tornou paradigma nas decisões antitruste nos EUA, reconheceu as atitudes anticoncorrenciais da companhia em restringir e monopolizar o comércio de petróleo, violando a Lei Sherman. A empresa foi dissolvida e diversos indivíduos, inclusive Rockefeller, foram multados. **The Standard Oil Company of New Jersey v. The United States, 221 US 1 (1911)**.

comércio entres estados e nações e qualquer pessoa que monopolize, ou tente monopolizar, qualquer parte do comércio, será culpada de um crime (*felony*)⁵².

2.2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PETIÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA

O direito de petição nos Estados Unidos é garantido pela Primeira Emenda à Constituição, datada de de 1791, a qual prevê:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably assemble, and to petition the Government for a redress of grievances⁵³.

A Primeira Emenda, de autoria de JAMES MADISON, garante, portanto, liberdades básicas ao cidadão estadunidense. Hodiernamente, a garantia de direito de petição presente na Primeira Emenda é entendida de maneira ampla, de forma que se protegem quaisquer meios legais que busquem influenciar ações dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

2.3. A CONSTRUÇÃO DA DOUTRINA *NOERR-PENNINGTON*

A Constituição dos Estados Unidos consagra em sua Primeira Emenda o direito de petição a seus jurisdicionados. Todo cidadão tem o direito de peticionar requerendo regulação por parte do governo, mesmo que a regulação desejada tenha efeitos anti-competitivos.

A proteção a este direito de petição é extremamente cara nos Estados Unidos, mas não é absoluta: possui uma exceção muito forte. Segundo HERBERT HOVENKAMP, não há proteção ao direito de petição se esta for apenas um *sham* – isto é, o objetivo ao manejar o pedido não é obter do governo uma resposta

⁵² Excede o objeto deste trabalho o estudo mais aprofundado acerca da história da legislação antitruste e seu posterior desenvolvimento. Buscou-se apenas mostrar o quadro econômico e social em que o país se encontrava e o qual propiciou o advento das legislações que protegessem o mercado das práticas anticoncorrenciais. A literatura é abundante no que se refere a história das legislações antitruste americanas. Por todos, VISCUSI *et al.* **Economics of regulation and antitrust.**

⁵³ Tradução livre: “O Congresso não deverá aprovar nenhuma lei que diga respeito ao estabelecimento de religião, ou proibindo seu livre exercício; ou cerceando a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito das pessoas em se reunirem pacificamente, e de peticionar ao Governo para a reparação de injustos.”

favorável no mérito da questão, mas somente promover empecilhos a um rival de mercado⁵⁴. Beneficia-se do procedimento em si, não do resultado da petição.

A Doutrina *Noerr-Pennington*, relativa à proteção ao direito de petição, foi inaugurada pela Suprema Corte dos Estados Unidos na segunda metade do século XX. Os dois principais casos que levaram a construção da doutrina foram (i) *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.* e (ii) *United Mine Workers v. Pennington*. Tais decisões serão analisadas a seguir, bem como os casos subsequentes apreciados pela Suprema Corte e que culminaram com a criação da exceção à doutrina.

2.3.1. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.*

O caso *Noerr*⁵⁵, julgado no ano de 1961, foi iniciado com o ajuizamento de uma ação de autoria de 41 empresas de transporte rodoviário do estado da Pensilvânia em face de 24 companhias de ferrovias, bem como da associação dos presidentes de tais companhias – conhecida como *Eastern Railroad Presidents Conference* - e do escritório de relações públicas *Carl Byoir & Associates*. Os autores buscavam a condenação dos réus nos parágrafos 1º e 2º do Sherman Act, por acreditarem que houve conspiração para restringir a concorrência e monopolizar os serviços de frete para longas distâncias.

A origem da ação está no fato alegado pelos autores de que as ferrovias teriam contratado o escritório Byoir para conduzir uma campanha pública contras os caminhoneiros, incentivando a adoção de leis e o cumprimento de imposições legais que seriam prejudiciais aos caminhoneiros: assim, estaria a se criar uma atmosfera de rejeição pública a esta classe de motoristas. A campanha foi classificada pelos autores como “cruel, corrupta e fraudulenta”, pois a única motivação por trás dela era a eliminação de concorrentes no transporte de cargas e fretes para longas distâncias.

A campanha publicitária teria sido exitosa em influenciar o governo da Pensilvânia em vetar uma medida legislativa que permitiria aos caminhoneiros carregarem fretes e cargas mais pesadas nas estradas do estado⁵⁶.

⁵⁴ HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise**, p. 244.

⁵⁵ 365 U.S. 127.

⁵⁶ Jeffrey SCHMIDT relata que a lei vetada, conhecida como “Fair Truck Bill”, tinha como objetivo de relaxar as restrições de peso dos caminhões nas rodovias, tornando possíveis o frete de cargas mais

Os demandantes pleitearam *treble damages* – com embasamento no parágrafo 4º do *Clayton Act* – bem como uma ordem judicial que impedisse os réus de continuarem com sua conspiração. O valor das indenizações seriam baseados nos lucros cessantes dos caminhoneiros resultado do veto da lei, adicionado dos prejuízos suportados pela associação da classe. Ainda, pleiteava-se que as ferrovias se abstivessem de exercer qualquer tipo de pressão no governo estadual, através da contratação de empresas de publicidade para disseminação de argumentos contra os caminhoneiros.

Em sua contestação, as ferrovias reconheceram que incentivaram campanhas publicitárias com o fito de influenciar a aprovação de leis relativas a limites de peso dos fretes e de alíquotas tributárias no transporte rodoviário, incentivando a criação de multas para cargas acima do peso. Todavia, negaram que a campanha tenha sido motivada com o objetivo de interferir nas relações entre os caminhoneiros e seus usuários. A campanha teria sido instalada com vistas à informar a população sobre os danos causados pelos caminhões às rodovias, de forma que tal manobra publicitária não configuraria uma violação do *Sherman Act*. Ainda, as ferrovias apresentaram reconvenção, alegando que a violação concorrencial teria sido, na verdade, por parte dos caminhões.

O caso foi a julgamento em primeira instância. O tribunal julgou improcedente a reconvenção, mas procedente as alegações apresentadas contras as ferrovias: primeiro, entendeu-se que a campanha publicitária era fraudulenta e maliciosa, pois, além de ser dirigida diretamente aos legisladores, procurava acabar com a competição imposta pelos caminhoneiros; segundo, a campanha ainda prejudicava imagem dos caminhoneiros perante seus consumidores e toda a sociedade, prejudicando-os em diversas maneiras. O tribunal garantiu indenização pessoal a alguns dos caminhoneiros, bem como para a associação da categoria.

As ferrovias apelaram da decisão, mas a Corte de Apelações do Terceiro Circuito manteve a decisão do primeiro grau, em seus próprios termos. Assim, peticionaram à Suprema Corte, buscando reverter a condenação nos termos do *Sherman Act*.

A Suprema Corte acolheu o recurso. Entendeu a Corte que não houve violação do *Sherman Act* pelas ferrovias, de forma que a simples reunião de duas ou

mais pessoas, em uma tentativa de persuadir o Legislativo ou Executivo em relação a uma determinada lei que poderia produzir restrições a um mercado ou mesmo um monopólio, não pode ser tido como um ilícito concorrencial.

A Corte também ponderou a possibilidade de campanhas publicitárias que são somente uma simulação (*sham*) para encobertar o verdadeiro objetivo do procedimento, isto é, interferir diretamente com os negócios e relações comerciais de um concorrente. Nestes casos, a aplicação do *Sherman Act* seria plenamente justificável. Todavia, a Corte reiterou que não era este o caso de *Noerr*.

Para os *Justices* da Suprema Corte, condenar o direito de petição sob os auspícios do *Sherman Act* traria seríssimas implicações constitucionais.

Destarte, a Suprema Corte julgou improcedente a ação ajuizada pelos caminhoneiros.

2.3.2. *United Mine Workers v. Pennington*

Trata-se do segundo julgamento⁵⁷ que originou a Doutrina *Noerr-Pennington*. Neste caso, o sindicato *United Mine Workers of America Welfare and Retirement Fund* (UMW) ajuizou uma ação em face do réu, *Phillips Brothers Coal Company*, buscando a condenação ao pagamento de *royalties* no valor de 55 mil dólares, alegando que este valor seria devido em decorrência das disposições do *National Bituminous Coal Wage Agreement 1950*, um acordo salarial celebrado entre as minas de carvão. *Phillips*, por sua vez, apresentou reconvenção, alegando que o sindicato e outros operadores das minas teriam conspirado para monopolizar o comércio interestadual, violando os parágrafos 1º e 2º do *Sherman Act*.

As razões da reconvenção apresentada por *Phillips* buscavam expor a tentativa de eliminação de pequenas empresas, através de medidas patrocinadas pela UMW em conjunto com outras operadores de carvão. Grande parte da controvérsia no caso orbita em volta da conspiração do sindicato e outros operadores em impor os termos do acordo salarial de 1950 em pequenas companhias, não levando em consideração a impossibilidade de pagamento por parte de tais empresas. Ainda, buscavam a exclusão dos trabalhadores não sindicalizados do mercado de produção e venda de carvão, entre outras

⁵⁷ 381 U.S. 657.

alegações⁵⁸. Todavia, mais importante para o tema do *sham litigation* foi a alegação que o sindicato estaria buscando junto à Secretaria do Trabalho (*Secretary of Labor*) o estabelecimento de um salário mínimo mais alto do que em outras indústrias.

Em sede de primeira instância, o caso foi levado a júri, o qual decidiu que não assistia razão ao sindicato, condenando-o pelos prejuízos sofridos pelo réu. Quando da apreciação do recurso, o Tribunal manteve a decisão, julgando que o sindicato não estava acobertado pela imunidade antitruste sob os dispositivos do *Sherman Act*.

Na Suprema Corte, o caso teve a relatoria do *Justice WHITE*, responsável por emitir a opinião do Tribunal. No que tange às alegações de que o sindicato estaria albergado pela legislação antitruste no momento em que conduziu negociações salariais com um conjunto de empregados, a Corte manteve a decisão das instâncias inferiores, ratificando o entendimento de que os sindicatos não estão imunes ao *Sherman Act*, quando a política salarial tem como objetivo eliminar competidores do mercado. Segundo o acórdão, o objetivo de qualquer organização nacional de trabalhadores é de alcançar uma padronização das condições de trabalho, de forma que a consequência de uma atividade como a da UMW poderia ser a de eliminar os concorrentes baseados nas diferenças de tais condições. Para a Suprema Corte, um sindicato não está imune às normas antitruste quando, além de negociarem com um grupo determinado de empregadores, buscam impor tais condições também a empregadores que não participaram de negociações prévias.

A Corte, entretanto, reverteu o julgamento dado pelas cortes inferiores acerca da influência efetuada pelo sindicato junto à Secretaria do Trabalho. Para embasar sua opinião, a Corte resgatou os entendimentos solidificados no caso *Noerr*, no qual foi rejeitada alegação que a tentativa de exercer influência sobre autoridades governamentais seria um ilícito sob a legislação antitruste. O acórdão de *Noerr* deixa claro que objetivos anti-competitivos não tornam a conduta de peticionar ao governo – de acordo com a Primeira Emenda – ilegal.

Destarte, a Suprema Corte deu provimento aos pedidos da UMW, isto é, de que o julgamento em primeira instância não ponderou de maneira adequada sobre o que já havia sido julgado em *Noerr*. O Tribunal de Recursos entendeu que, para a

⁵⁸ *Phillips* também alegou que o Sindicato e outros operadores das minas de carvão teriam aumentado o valor devido ao fundo de pensão dos trabalhadores, recusado o arrendamento de novos minas aos operadores não-sindicalizados e incentivado uma campanha de redução de preço do carvão com vistas a excluir empresas menores do mercado.

aplicação de *Noerr*, a conduta não poderia estar acompanhada de uma intenção de violar uma lei. Todavia, a Suprema Corte foi enfática ao dizer que os preceitos convencionados em *Noerr* se aplicam a qualquer tentativa de influenciar agentes do governo, independentemente de intenção ou propósito ilegal. A Corte entendeu que o júri não foi bem instruído sobre o caso, levando a um erro óbvio ao apreciar o caso. Os membros da Suprema Corte entenderam que não se tratava de um erro inofensivo e não poderiam deixar tal julgamento prosperar⁵⁹.

Além disso, a Suprema Corte apontou que seria impossível que *Phillips* recebesse qualquer espécie de indenização por ter sido vítima de ilícitos antitruste, justamente por não se verificar qualquer violação ao *Sherman Act*.

Portanto, o julgamento foi revertido parcialmente e o caso enviado de volta para as instâncias inferiores, para nova apreciação de acordo com a opinião exarada no acórdão da Suprema Corte.

2.4. A EXCEÇÃO *SHAM* À DOCTRINA *NOERR-PENNINGTON*

Tendo sido estabelecida a Doutrina *Noerr-Pennington* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, esta passou a se deparar com situações que não se enquadravam dentro dos parâmetros estabelecido. Assim, analisando casos que traziam à tona questões relacionadas com o abuso de direito de petição, os *Justices* americanos acabaram por criar situacionais excepcionais à regra. A seguir, serão expostos os principais casos que levaram à construção desta exceção e seus fundamentos, bem como levantando a discussão acerca da necessidade de critérios objetivos e/ou subjetivos para poder se configurar a exceção e, logo, o *sham litigation*.

⁵⁹ No original: “Joint efforts to influence public officials do not violate de antitrust laws even though intended to eliminate competition. Such conduct is not illegal, either standing alone or as part of a broader scheme itself violative of the Sherman Act. The jury should have been so instructed and, given the obviously telling nature of this evidence, we cannot hold this lapse to be mere harmless error.” 381 U.S. 671.

2.4.1. *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*

Embora a Suprema Corte tenha apreciado anteriormente feitos que mantinham certo paralelo com a questão do *sham litigation*⁶⁰, foi somente *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*⁶¹ que os membros da Corte analisaram o manejo de petições ao Judiciário como um ilícito concorrencial sob o *Sherman Act* e a imunidade construída nos casos *Noerr* e *Pennington*.

Tanto o autor como o réu, no presente caso, eram empresas que atuavam no mercado de transporte rodoviário. O caso foi ajuizado por *Trucking Unlimited*, alegando que sua concorrente *California* conspirou para monopolizar o comércio do transporte rodoviário de bens em clara violação às regras antitruste. Tal conspiração teria ocorrido em razão da tentativa de influenciar procedimentos estatais e federais com a finalidade de impedir ou dificultar o concorrente *Trucking* a adquirir, transferir e registrar o direito de operações nas estradas.

Em suas razões, *Trucking* alega ter sido prejudicado devido a dois fatos em específico: primeiro, discorrendo sobre o conluio liderado por *California*, para tentar empurrar seus concorrentes para fora do mercado, bem como enfraquecendo, destruindo e eliminando qualquer competição existente ou em potencial. Em segundo lugar, buscando a configuração de *sham litigation*, o autor alegou que o poder, estratégia e recursos utilizados por *California* tinham como objetivo deter e dificultar que *Trucking* acessasse as cortes administrativas e judiciais, para que não houvesse decisões em seu favor.

Em primeira instância, o caso foi extinto, mas em sede de recurso a decisão foi revertida, devolvendo o mérito do caso a Corte Distrital. Em vista da sentença, *California* recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, defendendo que sua

⁶⁰ Em, 1965, a Suprema Corte julgou o caso *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp* (382 U.S. 172), no qual discutia-se a obtenção fraudulenta do registro de uma patente. *Walker* alegava que *Food Machinery* obteve a patente, mesmo sabendo que sua invenção já encontrava-se em uso no Estados Unidos por mais de um ano. Dessa forma, devido a este registro fraudulento, *Walker* foi prejudicado por não poder fazer uso da invenção sobre a qual, em verdade, não deveria haver qualquer patente. O governo americano ingressou no processo como *amicus curiae*, alegando que a prática de *Food Machinery* seria uma violação do seção 2ª do *Sherman Act*. Em seu acórdão, a Suprema Corte (i) condenou *Food Machinery* a indenizar *Walker* pela obtenção fraudulenta da patente e (ii) entendeu que *Food Machinery* não poderia receber o benefício das exceções limitada às proibições listadas na seção 2ª do *Sherman Act*. O que chama atenção neste precedente é que, ainda que não tenha sido feita expressa referência à Doutrina *Noerr-Pennington*, pode-se considerar que a Suprema Corte entendeu que há certas ações judiciais que não podem se beneficiar da imunidade antitruste. Criou-se o entendimento de que o manejo de ações sem fundamentos poderia representar uma violação ao *Sherman Act*.

⁶¹ 404 U.S. 508.

atuação perante autoridades governamentais era totalmente legal e imune frente ao *Sherman Act*, de acordo com a doutrina *Noerr-Pennington*.

Foi o primeiro caso em que a Suprema Corte aplicou tal doutrina. Para tanto, os *Justices* entenderam que as alegações no caso não eram que os conspiradores tinham como objetivo influenciar autoridades governamentais, mas sim bloquear seus concorrentes do acesso aos tribunais e usurpá-los da possibilidade de acompanhar o processo decisório governamental. Segundo as alegações de *Trucking*, os procedimentos foram instalados por *California* independentemente dos méritos do caso, isto é, sem os próprios peticionários acreditarem na possibilidade de obter sucesso no caso.

A Corte foi clara em seu acórdão: qualquer peticionário tem o direito de requerer medidas às agências governamentais ou acessar o Judiciário, de acordo com o que antecipa o texto da Primeira Emenda. Todavia, isto não significa uma imunidade automática frente à legislação antitruste – pois os direitos de petição não são imunes quando usados como parte de uma conduta para violar uma outra legislação vigente⁶².

O acórdão exarado pela Suprema Corte é repleto de respeitáveis considerações teóricas acerca do direito de petição sob o véu da Primeira Emenda e seus limites. A Corte, por exemplo, aduziu que:

One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused⁶³.

Além disso, a Corte ponderou que o direito oriundo da Primeira Emenda não pode ser usado como pretexto para atingir “*substantive evils*.” O entendimento dos *Justices* no caso pode ser sintetizado pela seguinte passagem do acórdão:

A combination of entrepreneurs to harass and deter their competitors from having 'free and unlimited access' to the agencies and courts, to defeat that right by massive, concerted, and purposeful activities of the group are ways

⁶² Para embasar esta construção, a Corte usou o precedente estabelecido em *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490.

⁶³ “Uma demanda, que uma corte ou agência considere como sem fundamentos, pode passar despercebido; mas uma série de demandas repetidas, sem fundamento, pode fazer com que o intérprete conclua que os procedimentos administrativos e judiciais foram abusados.” (Tradução livre).

of building up one empire and destroying another. As stated in the opinion concurring in the judgment, that is the essence of those parts of the complaint to which we refer. If these facts are proved, a violation of the antitrust laws has been established. If the end result is unlawful, it matters not that the means used in violation may be lawful⁶⁴

Diante destas ponderações, a Suprema Corte determinou que o processo fosse mais uma vez enviado para as cortes inferiores, dando à *Trucking* a oportunidade de demonstrar as possíveis violações antitruste protagonizadas por *California*.

A decisão da Suprema Corte neste caso, contudo, trouxe confusão aos tribunais estadunidenses. Como bem colocado por VINHAS, isso ocorreu porque a Corte mencionou algumas condutas como exemplos de práticas que poderiam corromper os procedimentos judiciais ou administrativos, resultando em infração antitruste: alegações falsas, ações judiciais sem fundamento, propinas a funcionários públicos, etc⁶⁵.

Esta confusão acerca dos limites e da verdadeira definição de *sham litigation* só viria a ser assentada cerca de vinte anos depois.

2.4.2. *Otter Tail Power Co. v. United States*

A discussão conduzida no caso de *Otter Tail*⁶⁶ também serviu como pedra angular para se verificar até que ponto a imunidade antitruste poderia ser concebida frente ao direito de petição consignado constitucionalmente.

A empresa *Otter Tail Power Co.* era responsável pela transmissão e distribuição de energia elétrica para 465 cidades dos estados de Dakota do Norte, Dakota do Sul e Minnesota. A companhia operava sob contratos com duração de dez a vinte anos – e, como cada cidade só possuía capacidade para acomodar um

⁶⁴ “Uma combinação de empreendedores para intimidar e deter seus concorrentes de terem ‘livre e ilimitado acesso’ às agências e tribunais, vencer aquele direito através de atividades massivas, combinadas e propositais do grupo é uma maneira de construir um império e destruir outro. Como colocado na opinião da maioria durante o julgamento, esta é a essência das partes a que nos referimos neste caso. Se estes fatos se provam, uma violação das leis antitruste se estabelece. Se o resultado é ilícito, não importa se o os meios usados para violar a lei foram lícitos.” (Tradução livre).

⁶⁵ VINHAS, Tiago Cação. ***Sham Litigation: do abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrencias***, p. 35.

⁶⁶ 410 U.S. 366.

sistema de distribuição – *Otter Tail* acabava sendo titular de um verdadeiro monopólio natural para a comercialização de energia elétrica.

A concorrência da companhia era somente com eventual sistema estabelecido pelo governo local. Todavia, eram pouquíssimos os municípios que possuíam seus próprios sistemas de distribuição da empresa em funcionamento, pois a eletricidade precisava ser comprada no mercado “em atacado”. Para poder se dar a distribuição, os municípios precisavam ter acesso às linhas de transmissão – e as únicas disponíveis eram de propriedade de *Otter Tail*.

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos ingressou com a ação civil antitruste, buscando a responsabilização da companhia por violação do *Sherman Act* em sua 2ª Seção. A Corte Distrital, em primeira instância, considerou que *Otter Tail* culpada por violações antitruste, ao tentar atrapalhar a criação de sistemas municipais de energia elétrica após o fim do contrato que as cidades mantinham com a companhia, bem como responsável por promover litígios com o único propósito de atrasar o estabelecimento de tais sistemas municipais.

A ação civil antitruste teve como estopim o fato de *Otter Tail* recusar-se a vender energia no atacado para os sistemas municipais estabelecidos por quatro cidades, após o fim do contrato delas com a companhia: Elbow Lake (MN), Aurora (ND), Hankison e Colman (SD).

Otter Tail lançou mão de diversas armas contra os sistemas estabelecidos pelas cidades. Nos casos de Elbow Lake e Hankinson, a companhia recusou-se a negociar, com embasamento em disposições contratuais que bloqueavam o uso de suas linhas de transmissão. Contra as iniciativas de Colman e Aurora, a companhia promoveu diversas ações judiciais. Ainda, no caso de quatro outros municípios, *Otter Tail* ajuizou ações que tinham como fito impedir ou atrasar os esforços para estabelecer sistemas municipais de distribuição.

Restou consignado, no acórdão da Suprema Corte, que a Corte Distrital considerou que os litígios patrocinados por *Otter Tail* tinham o propósito único de atrasar e prevenir que a criação dos sistemas elétricos municipais, com o objetivo de que tais manobras conservassem sua posição predominante na venda e transmissão de energia elétrica em suas áreas de atuação.

A Suprema Corte decidiu, portanto, remeter os autos novamente para a Corte Distrital, para que esta pudesse determinar se as ações judiciais patrocinadas por

Otter Tail poderiam ser consideradas *sham*, por terem como desígnio a manutenção de posição monopolística do mercado e, portanto, não estariam albergadas pela proteção constitucional do direito de petição – enquadrando-se na *sham exception* estabelecida em *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*.

Chegou-se a conclusão de que a Doutrina *Noerr-Pennington* era plenamente aplicável ao manejo tanto de processos judiciais como administrativos, em que o objetivo do peticionário é prejudicar a concorrência, atitude demonstrada pelo ajuizamento de diversas ações repetitivas sem fundamento (*baseless*)⁶⁷.

Desta forma, *Otter Tail*, ao lado de *California*, foram casos importantíssimos, que estabeleceram as bases para os critérios de caracterização de *sham litigation*, explorados mais detidamente pela Suprema Corte no caso de *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures, Inc.*, que agora se analisa.

2.4.3. *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries*

Em que pese a Suprema Corte ter estabelecido já alguns anos antes a possibilidade de exceção na doutrina *Noerr-Pennington*, o Caso *PRE*⁶⁸ é de extrema importância, pois foi a oportunidade na qual a Corte estabeleceu o critério objetivo para avaliar se uma demanda que lidasse com aspectos concorrenciais poderia ser isenta da doutrina *Noerr*, configurando-se assim como *sham litigation* – logo, um ilícito concorrencial. Aqui, a Corte buscou responder: o ajuizamento de ações pode ser considerado como *sham* devido ao fato de a pretensão de sucesso do autor não é sua razão de utilização dos meios judiciais?⁶⁹

O caso narra a seguinte situação. Os autores *PRE* eram proprietários de *resorts*, os quais disponibilizavam uma videoteca para seus hóspedes alugarem filmes e assistirem em seus quartos. A Columbia – bem como outros estúdios

⁶⁷ No original, “that was written before we decided *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, [...], where we held that the principle of *Noerr* may also apply to the use of administrative or judicial processes where the purpose to suppress competition is evidenced by repetitive lawsuits carrying the hallmark of insubstantial claims and thus is within the “mere sham” exception announced in *Noerr*.” Importante notar que neste caso a inovação do caso está no fato de bastava a prova de que as ações foram protocolizadas com o intuito de impedir a concorrência, não sendo necessário provar que os municípios foram efetivamente compelidos a não procurarem o Judiciário.

⁶⁸ 508 U.S. 49 (1993).

⁶⁹ No original, do acórdão: “We left unresolved the question presented by this case – whether litigation may be sham merely because a subjective expectation of success does not motivate the litigant.” p. 57.

cinematográficos – eram os direitos autorais de muitos dos filmes disponíveis para aluguel no hotel. Assim, em sede de primeira instância, a *Columbia* processou *PRE* por violação de direitos autorais; houve reconvenção, na qual *PRE* alegou que os pedidos da *Columbia* não eram legítimos, tendo apenas caráter de *sham litigation*, com fins de excluir um competidor do mercado. A primeira instância não reconheceu nenhum dos dois pedidos: não houve quebra de direitos autorais, da mesma forma que a ação movida pela *Columbia* não se caracterizava como *sham*, pois havia “causa provável” para embasar o pedido⁷⁰. Entendeu-se que a questão relacionada a *sham litigation* só poderia ser apreciada se precedida da inexistência de indícios que indicasse a crença do autor no sucesso da ação.

Em sede de recurso, o Tribunal (*Court of Appeals*) entendeu que *sham litigation* era o abuso do processo judicial, através de distorções no processo, bem como um padrão de demandas repetitivas, sem causa provável, independentemente de seu mérito. Assim, uma demanda com causa provável não estaria sujeita à exceção da doutrina *Noerr-Pennington*.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte confirmou a decisão das instâncias inferiores. No terceiro capítulo de seu acórdão, os *Justices* trazem uma definição de *sham* em duas partes. Primeiro, a demanda deve ser objetivamente *baseless*, isto é, sem fundamento jurídico algum, de forma que nenhum litigante sensato pudesse esperar um resultado positivo quanto ao mérito. Assim, somente quando se verificasse objetivamente a falta de fundamentos que a Corte poderia examinar as motivações subjetivas no demandante. Desta forma, uma vez verificada a falta de fundamentos para a demanda, a Corte deveria analisar se a demanda *baseless* era uma forma do concorrente influenciar nas relações comerciais de outro concorrente através de procedimentos governamentais, em vez de buscar o resultado do procedimento. Nas palavras da Suprema Corte:

We now outline a two-part definition of “sham” litigation. First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under *Noerr*, and an antitrust claim premised on the

⁷⁰ A primeira instância assim entendeu, em tradução livre: “Estava claro para mim na maneira em que o caso foi apresentado, que [Columbia] tinha a expectativa de um julgamento favorável. (...) Para mim, existia causa provável para embasar a petição, independentemente de ser uma questão de fato ou de direito.” 508 U.S. 49, p. 53.

sham exception must fail. Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant's subjective motivation⁷¹.

Tem-se, destarte, que aquele concorrente que lança mão do *sham litigation* busca beneficiar-se não do resultado do processo – afinal, ele mesmo não acredita nos méritos da ação – mas do procedimento em si.

Estes dois passos para verificar a existência de *sham litigation* passaram a ser conhecidos na jurisprudência como “Teste *PRE*”: é ônus da parte que contesta a ação demonstrar sua inviabilidade legal, para somente depois a Corte analisar sua viabilidade econômica.

Neste sentido, o caso *PRE* utiliza-se de um critério objetivo para definir as situações em que se pode atestar a existência da exceção à doutrina *Noerr-Pennington*⁷², introduzindo uma nova forma de verificar a exceção, que vinha sendo examinada a partir de critérios subjetivos. Todavia, esta nova perspectiva objetiva inaugurou discussões sobre qual seria o melhor método a ser utilizado na averiguação de casos de *sham litigation*.

2.5. A DISCUSSÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS

Como aqui se discorreu, a Suprema Corte, buscando uma caracterização mais clara do fenômeno do *sham litigation*, elaborou dois critérios objetivos visando facilitar sua definição – critérios estes que passaram a ser conhecidos como o Teste

⁷¹ 508 U.S. 49, p. 60. Tradução livre: “Agora nós delineamos uma definição de *sham litigation* em duas partes. Primeiro, a ação deve ser objetivamente sem fundamento, no sentido em que nenhum litigante racional poderia realmente esperar sucesso no mérito do caso. Se um litigante objetivo poderia concluir que a ação é racionalmente calculada para obter um resultado favorável, a ação está imune sob *Noerr* e uma reclamação antitruste baseada na exceção *sham* não deve prosperar. Somente se a ação contestada é objetivamente sem embasamento pode uma corte examinar os motivos subjetivos dos litigantes.”

⁷² Ainda que tenha concordado com o relator do acórdão, o *Justice* STEVENS optou por declarar seu voto separadamente, exatamente por não concordar com algumas questões relativas ao que foi concebido como “objetivamente sem fundamento”. Para STEVENS, o rótulo de *sham* é acertadamente utilizado em casos em que o demandante é indiferente quando ao resultado, mas buscar impor um prejuízo a seu concorrente através do processo. Aplica-se também a demandantes que, apesar de crerem em eventual sucesso de seus pedidos, desistem do procedimento por diversas razões, como custos, por exemplo. Ainda, o *Justice* coloca que a distinção entre o uma demanda *sham* e uma demanda legítima não está somente na conduta lícita ou ilícita da parte, pois processos lícitos podem ser contrários a lei em algumas situações. Nesse sentido, STEVENS declara sua concordância com o resultado atingido pela Corte, mas expressa sua discordância com a opinião dos outros *Justices*. Para Stevens, as regras estabelecidas no caso eram simples demais para serem usadas em casos futuros mais complexos. Nesta declaração de voto, STEVENS foi acompanhado pelo *Justice* O’CONNOR.

PRE. Todavia, esta construção jurisprudencial da Suprema Corte não passou imune a críticas da doutrina especializada.

HERBERT HOVENKAMP lembra que, no caso *PRE*, a Corte, não obstante ter formulado os requisitos objetivos para o *sham*, não esclareceu o que seria uma demanda sem fundamento (*baseless*). Ademais, não se preocupou em considerar questões como a chance dos fatos alegados serem falsos, o que reduz o escopo da aplicação do Teste *PRE*, pois somente se analisam questões de direito quando do julgamento. Nesse sentido, o autor concorda com a opinião expressada pelo *Justice STEVENS* em seu voto declarado separadamente⁷³.

Outra questão sobre a qual HOVENKAMP refletiu foi sobre o autor de uma ação que, além de buscar prejudicar seu concorrente através dos custos de litigar, tem como objetivo também uma medida favorável do governo. O autor entende que nestes casos não há que se falar em *sham*, especialmente quando há uma chance favorável do governo atuar em favor do autor – ainda que um concorrente seja prejudicado por isso⁷⁴. Para HOVENKAMP, esta posição adotada pelos Tribunais está em consonância com a previsão constitucional da Primeira Emenda, ainda que em muitas vezes isso implicasse a falta de punição em casos de *sham*. Todavia, o autor pondera, este seria um dos preços a ser pago pela democracia⁷⁵.

Ademais, HERBERT HOVENKAMP mostra sua discordância com conceituações objetivas de *sham litigation* ao analisar o caso *Premier Electrical Constr. Co. v. National Elec. Contractors Assn.*, julgado pelo Sétimo Circuito de Recursos em 1987. Neste caso, também foi proposto um teste objetivo para se verificar o *sham*: se os custos da ação e do procedimento judicial são maiores do que o autor espera ganhar caso tenha seu caso julgado procedente, seria então um caso de *sham*, de

⁷³ HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy – the Law of Competition and its practice**. p. 693.

⁷⁴ “If the petitioner reasonably desires governmental action, and if there is an objectively reasonable chance that he will obtain it, then the conduct is not a “sham” notwithstanding that the rival will be injured more by the process than by the government decision itself. *Noerr* itself spoke of the “incidental effect” of petitions to the government that were in fact intended to obtain governmental relief.” HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy – the Law of Competition and its practice**. p.688.

⁷⁵ “But let us begin with the premise that if a substantial element (not necessarily the exclusive element) in the antitrust defendant’s motive is to obtain the requested relief from the government, then the conduct at issue is not a sham. The case law certainly seems to be pointing in that direction, and the First Amendment may compel it. This may entail that some antitrust defendants will get away with badly motivated petitions even when the government takes no action. That outcome may simply be one of the prices that we pay for democracy.” HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy – the Law of Competition and its practice**. p. 689.

forma que até ações que não fossem totalmente *baseless* pudessem ser enquadradas na definição – chegando inclusive à situação em que uma ação que o autor saia vencedor ao final pudesse ser considerada *sham*, devido ao fato de que seus custos *ex ante* eram maiores do que se esperava ganhar.

Todavia, HOVENKAMP não coaduna com este posicionamento extremamente objetivo, pois, de acordo com o autor, no caso em tela os julgadores não se preocuparam com os efeitos colaterais que uma ação pode trazer, como enviar uma mensagem aos concorrentes de que o autor – proprietário de uma patente, por exemplo - pretende se defender no judiciário.

A falta de definição mais clara da terminologia usada pela Suprema Corte ao formular o Teste *PRE* também foi objeto de críticas. GARY MYERS aponta que o uso de termos como “*baseless*”, “causa provável” e “garantido por lei existente” criou ambiguidade quanto ao significado da primeira parte do Teste *PRE*. Além disso, a Corte não deixou claro se a ação deve ser infundada (*frivolous*) em uma ou mais destas maneiras para ser considerado *sham*. Para MYERS, é possível conceber que uma parte possa ter como expectativa a derrota nos tribunais, ainda que seu pedido tenha fundamento – isto é, não se caracteriza como *baseless*. A preocupação de MYERS – e também do *Justice* STEVENS em seu voto apartado – é a possibilidade de se provar *sham litigation* sem nem mesmo provar que a ação não possuía embasamento legal⁷⁶.

Por mais que a configuração objetiva de *sham litigation* tenha muitos problemas, isso não significa que o critério subjetivo seja impecável, pois, como colocado por JEFFREY SCHMIDT, a aferição subjetiva demanda muito mais tempo, trabalho e recursos por parte dos julgadores⁷⁷. Um dos maiores defensores do critério subjetivo é Robert H. BORK, para quem a responsabilização por *sham litigation* só poderia ocorrer quando a parte que utiliza os mecanismos estatais para atingir seus próprios fins possui uma intenção subjetiva que tornaria seu comportamento ilícito caso escolhesse utilizar outros meios para atingir seu objetivo⁷⁸.

⁷⁶ MYERS, Gary. *Antitrust and First Amendment Implications of Professional Real Estate Investors*, p. 1223.

⁷⁷ SCHMIDT, Jeffrey *et al.* *The Noerr-Pennington Doctrine*, p. 64.

⁷⁸ VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation: do abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrencias*, p. 49.

Por fim, vale trazer a posição do *Federal Trade Commission* nesta discussão. O FTC editou, em 2006, um relatório avaliando as perspectivas de aplicação da Doutrina *Noerr-Pennington*. O relatório reflete a visão da equipe do FTC sobre como maximizar os valores da concorrência intrínsecos à legislação antitruste, ao mesmo tempo em que procura respeitar os valores da doutrina *Noerr*. A conclusão alcançada pelo relatório foi que, fora dos limites da arena política, não são abarcadas pela imunidade antitruste os pedidos de resposta não discricionária do governo, a apresentação de informações inverídicas a qualquer órgão governamental, além do uso de petições repetitivas, com objetivo de prejudicar os concorrentes através dos custos associados com o litígio, e não com o mérito do caso⁷⁹. Como exemplo para as Cortes, o relatório do FTC ainda cita uma passagem da opinião do Justice STEVENS no caso *PRE*: “*the distinction between abusing the judicial process to restrain competition and prosecuting a lawsuit that, if successful, will restrain competition must guide any court’s decision whether a particular filing, or series of filings, is a sham.*”⁸⁰

2.6. AS (IN)DEFINIÇÕES DE *SHAM LITIGATION* NA DOUTRINA

Refeito o caminho que levou a Suprema Corte dos Estados Unidos a formular a Doutrina *Noerr-Pennington*, bem como sua exceção *sham* à imunidade antitruste, analisou-se também a dificuldade em se chegar a um método eficiente de aferição do abuso dos procedimentos judiciais com efeitos anti-concorrenciais. Dessa forma, faz-se mister elencar algumas definições trazidas pela doutrina, a fim de se verificar as possíveis incongruências na literatura especializada.

O professor CHRISTOPHER C. KLEIN, membro do *Bureau of Economics* junto ao FTC, elaborou intenso estudo sobre o fenômeno do *sham litigation*, a partir, principalmente, de uma visão econômica do assunto. Em sua obra, *The Economics of Sham Litigation: Theory, Cases and Policy*, de 1989, apresenta sua preocupação com a falta de coerência entre as diversas definições do instituto.

KLEIN assevera que, historicamente, *sham litigation* tem sido definido como a litigância anti-concorrencial baseada em casos sem fundamento (*baseless*) ou sem

⁷⁹ FEDERAL TRADE COMMISSION. **Enforcement perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine**, 2006.

⁸⁰ Tradução livre: “A distinção entre abusar do procedimento judicial para prejudicar a concorrência e promover uma ação judicial para, caso procedente, prejudicar a concorrência, deve guiar a decisão de qualquer corte sobre se uma ação, ou uma série de ações, é um *sham*.”

nenhum outro fundamento legal. Todavia, o autor aponta que esta definição, a partir de um viés econômico, é extremamente restrita e apresenta falhas que proporcionam o uso da máquina legal para efeitos anti-competitivos. Para o autor, é clara a confusão dos tribunais ao tentar definir *sham litigation*. Nesse sentido, seria mais apropriado definir *sham litigation* como uma litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anti-concorrenciais - isto é, o uso indevido dos tribunais e outros órgãos governamentais contra rivais com o objetivo de atingir efeitos contra a livre concorrência⁸¹.

O autor, partindo da premissa que uma ação somente é ajuizada quando os benefícios esperados pelo autor ao fim do julgamento superam seus custos quando do início do processo, demonstra sua maior preocupação, todavia, ao ponderar sobre as implicações que o uso do *sham litigation* traz para o bem-estar social e para a escolha de políticas públicas com o objetivo de prevenir este tipo de manobra anticompetitiva. Para KLEIN, o uso da máquina do judiciário é um tipo de predação não vinculada ao preço (*nonprice predation*)⁸². Para ilustrar sua definição, KLEIN exemplifica:

In industries with some entry regulation, for example, an incumbent firm may be able to protest entry before the regulatory body at low cost even when it does not expect a successful litigated outcome, whereas the entrant will be burdened with the cost of justifying its entry. Thus, entry is delayed, the

⁸¹ KLEIN, Christopher C. **The Economics of Sham Litigation: theory, cases and policy**, p.1-2.

⁸² Importante aqui a correta definição de predação no campo do Direito da Concorrência. De acordo com Calixto SALOMÃO FILHO, a definição mais corrente de predação é “[trata-se] do ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido.” Ao analisar o fenômeno da predação, o autor faz uma avaliação de seu histórico nas teorizações concorrenciais, criticando principalmente o pensamento da Escola Neoclássica, para quem o rebaixamento dos preços seria uma prática saudável, a qual deveria ser incentivada e não punida. Apresenta também o pensamento de AREEDA e TURNER, para os quais uma empresa em concorrência perfeita atinge seu máximo de lucros quando o preço de venda é igual ao seu custo marginal. Foge do escopo deste trabalho a investigação mais profunda do fenômeno da predação, mas impossível não trazer à tona a conclusão atingida por SALOMÃO FILHO: a caracterização da predação “requer a verificação de um comportamento que possa causar dano à concorrência, que pode ser definido como todo comportamento não justificado por um propósito empresarial específico e que só se revela conveniente para a empresa caso desapareça a concorrência. A antijuridicidade está, portanto, não mais apenas no resultado puro, mas naquela conduta direcionada a um resultado e que tenha a capacidade de atingi-lo.” SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, p. 462-476. No Brasil, a Lei 12.529/2011 traz em seu art. 36 a previsão do preço predatório como infração da ordem econômica: “XV – vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de mercado.” Entendemos, assim, que o *sham litigation* seria uma predação não relacionada ao preço porque é uma manobra que tem o potencial de causar danos à concorrência, não através somente de seu resultado final, mas também com efeitos colaterais – como os custos de adentrar em uma batalha judicial.

expected entry costs of future entrants may be increased, and the probability of future entry may be reduced⁸³.

De acordo com KLEIN, a litigância entre concorrentes tem mais chances de possuir caráter predatório quando o autor (*plaintiff*) for uma empresa dominante no mercado relevante, a parte contrária for uma empresa recente ou potencial novo *player* no mercado do concorrente e quando o efeito das manobras do autor é prevenir ou atrasar a entrada do novo concorrente no mercado – ou causar a saída de algum outro *player*. O autor não busca somente um julgamento procedente de seu pedido, mas também impor custos colaterais a seus concorrentes, pois litigância predatória é utilizada para atacar um rival, com objetivo de ganhos competitivos, independentemente do resultado final da ação⁸⁴.

Como não poderia deixar de ser, HERBERT HOVENKAMP também procura formular uma definição de *sham litigation*. O autor define *sham* como uma petição a algum órgão governamental que nada mais é do que um subterfúgio para prejudicar um concorrente. O prejuízo do concorrente é oriundo não da resposta do governo, mas sim do procedimento judicial em si mesmo. Assim, uma empresa que força o rival a iniciar uma contenda judicial em que o autor não possui chances de vencer, procura somente desgastar os recursos do concorrente. Novamente, o prejuízo não decorre da decisão judicial desfavorável, mas do próprio procedimento⁸⁵.

HOVENKAMP, ainda em seu exemplo, aproveita para definir o que *não é sham litigation*: a ação movida por uma parte que realmente queira um pronunciamento do tribunal ou de outro órgão governamental, mas assim o faz por meios impróprios ou ilícitos. O autor, todavia, lembra que o pronunciamento da Suprema Corte em *City of Columbia & Columbia Outdoor v. Omni Outdoor Advertising*⁸⁶, deixa claro que o

⁸³ KLEIN, Christopher C. **The Economics of Sham Litigation: theory, cases and policy**, p. 13. Tradução livre: “Em indústrias como alguma regulação de entrada, por exemplo, uma firma estabelecida pode ser capaz de protestar a entrada frente aos órgãos reguladores por um baixo custo, mesmo quando não espera obter um resultado favorável no litígio, enquanto aquele que pretende se inserir no mercado terá o ônus de justificar sua entrada. Assim, a entrada é atrasada, os custos de futuros novos atores no mercado é elevado, e a probabilidade de entrada é reduzida.”

⁸⁴ KLEIN, Christopher C. **The Economics of Sham Litigation: theory, cases and policy**, p. 14-19.

⁸⁵ HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its practice**, p. 687.

⁸⁶ 499 U.S. 365.

sham aplica-se somente nas situações em que o procedimento judicial não passa de um mero pretexto para prejudicar um rival através da litigância.⁸⁷

Por fim, vale trazer a definição de Jeffrey SCHMIDT. O autor alerta para a dificuldade em se definir uma doutrina criada no âmbito dos tribunais, dado que qualquer definição corre o risco de ser tornar obsoleta com o desenrolar de novos casos nas cortes. SCHMIDT primeiro esclarece que a Doutrina *Noerr-Pennington* protege uma parte de responsabilidade por infrações antitruste resultantes de petições endereçadas a uma autoridade governamental buscando uma decisão sensata por parte do órgão provocado. O autor, então, define o que não seria *sham*: se a petição foi concebida com o objetivo de buscar um pronunciamento do órgão provocado – isto é, se o homem médio (*reasonable person*) avaliaria que o pedido possuía chances de ser provido no mérito. Além disso, se o objetivo do peticionário ao ajuizar a ação não era prejudicar seus concorrentes por meio do procedimento judicial ou administrativo, não que se falar em *sham*⁸⁸. Vê-se, portanto, que *sham litigation*, também na obra de SCHMIDT, é caracterizado como o abuso dos procedimentos judiciais ou administrativos com efeitos anti-concorrenciais.

Em que pese existirem pontos de convergência entre as definições aqui apresentadas, elas ainda apresentam incongruências. A falta de fundamentos para uma petição não pode ser requisito essencial para a caracterização de *sham*, pois pode-se conceber casos em que mesmo um requerimento embasado proporciona prejuízos aos concorrentes e à ordem econômica.

Apresentar-se-á, no próximo capítulo, o entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica quanto ao fenômeno do *sham litigation*, enquanto busca-se compreender qual a definição utilizada pelas autoridades antitruste brasileiras para caracterizar esta manobra processual.

⁸⁷ HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its practice**, p. 688-689.

⁸⁸ SCHMIDT, Jeffrey *et al.* **The Noerr-Pennington Doctrine**, p. 1-4.

2.7. SÍNTESE DO CAPÍTULO

Este capítulo ocupou-se de traçar o histórico do *sham litigation* nos tribunais norte-americanos, com início nos casos *Noerr* e *Pennington* até chegar nos casos posteriores, a construção da exceção *sham* à Doutrina Noerr-Pennington e a elaboração de critérios para aferição do abuso de direito de petição com o Teste PRE.

Discutiu-se também qual seria a melhor definição para o *sham litigation*. Como se viu, não se pode avaliar o instituto apenas pelo viés jurídico, mas também levar em conta os referenciais econômicos. É neste sentido que a expertise dos órgãos de defesa da concorrência se mostra extremamente importante.

Ademais, verificou-se que ainda há discussão na doutrina especializada sobre o que exatamente caracterizaria *sham litigation*, sendo pacífico somente que o fenômeno versa sobre o abuso do direito petição como ilícito concorrencial, prejudicando concorrentes através do procedimento em si e não do resultado da ação.

O próximo e último capítulo do trabalho ocupar-se-á de analisar alguns pontos fulcrais para o entendimento do tema no direito brasileiro. Primeiro se verá como o abuso de direito é tratado no ordenamento pátrio, principalmente os direitos de ação e de petição, garantidos constitucionalmente. Em seguida, serão analisados os precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica sobre o tema do *sham litigation*, a fim de se estabelecer como o instituto foi recebido no direito concorrencial brasileiro.

3. O DIREITO DE PETIÇÃO E SEU ABUSO, LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E *SHAM LITIGATION* NO ÂMBITO DO CADE: ANÁLISE DE CASOS

Chega-se ao último capítulo da monografia. Nos capítulos anteriores foram assentadas as premissas básicas do tema, a partir da investigação da função do direito da concorrência no ordenamento brasileiro e da origem do fenômeno do *sham litigation* nos tribunais norte-americanos, assim como a formulação da Doutrina *Noerr-Pennington* – e sua exceção.

Neste capítulo final, primeiramente se investigará a garantia constitucional do direito fundamental de ação e de petição no Brasil – bem como a possibilidade de sua restrição. A seguir, analisar-se-á a disciplina do abuso de direito e a litigância de má-fé no ordenamento processual pátrio. Com isto estabelecido, passar-se-á a análise do *sham litigation* na casuística do CADE, a fim de se estabelecer como a doutrina tem sido recebido pelo órgão brasileiro de proteção à concorrência.

3.1. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PETIÇÃO E DE AÇÃO E SEU CARÁTER FUNDAMENTAL

Como já investigado alhures, o direito de petição possui caráter de norma constitucional no ordenamento jurídico estadunidense, com tal previsão positivada na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. De maneira análoga, também a constituição brasileira promulgada em 1988 prevê, em seu rol de direitos fundamentais no art. 5º, o direito de petição concedido aos cidadãos. É a dicção constitucional brasileira:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Percebe-se, portanto, que o constituinte optou por elencar os direitos de ação e de petição dentro do rol de direitos do art. 5º - dotando tais direitos de caráter fundamental no ordenamento brasileiro. Antes de explorar as particularidades destes direitos, importante esclarecer o que torna um direito fundamental dentro de determinado ordenamento jurídico.

A questão acerca da definição e características dos direitos fundamentais ainda muito intriga a teoria constitucional. Ambas são tarefas que enfrentam dificuldades e possuem pluralidade de teorias sobre o tema. Adotar-se-á aqui a concepção exposta pelo professor VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, para quem os direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial, dos quais o direito não pode os esvaziar.

Em sua obra “DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTEÚDO ESSENCIAL, RESTRIÇÕES E EFICÁCIA”, o professor do Largo de São Francisco apresenta os diferentes enfoques que o conteúdo essencial do direito fundamental pode receber. Primeiro, trata do caráter objetivo do direito fundamental, o qual, seguindo a linha de Konrad HESSE, procura definir este direito a partir de seu significado para a vida social como um todo. A sua proteção implica proibir restrições à eficácia de tal direito, para que não se tornem sem significado para alguns indivíduos. De outra banda, apresenta o enfoque subjetivo: neste, a garantia do direito fundamental deveria ser analisada em cada situação pontual, a fim de ser verificar se o conteúdo essencial foi afetado ou não.

Nesta mesma seara, o autor também apresenta a distinção entre conteúdo essencial absoluto e relativo. Quanto ao primeiro, entende-se que cada direito fundamental possui um conteúdo essencial imutável, não sendo afetado pelas diferentes situações e interesses que eventualmente possam existir em sua restrição. Ao tratar do segundo, SILVA aponta que na teoria relativa o conteúdo essencial depende das condições fáticas, de forma que um direito não será sempre o mesmo, mas irá variar de acordo com o contexto em que esteja inserido. Dessa maneira, a verdadeira compreensão do conteúdo essencial dos direitos fundamentais somente pode ser compreendida a partir da definição do objeto de

proteção dos direitos fundamentais, suas possíveis restrições e a fundamentação tanto de sua proteção como de sua restrição⁸⁹.

Diante disso, o presente trabalho adota a concepção de conteúdo essencial *relativo* dos direitos fundamentais, pois entende que restrições a tais direitos são sim possíveis, desde que tal restrição seja também aprovada no teste da proporcionalidade⁹⁰, pois, ao passar neste teste, não se atinge o conteúdo essencial do direito⁹¹. As restrições a direitos fundamentais serão exploradas a seguir.

3.1.1. Possibilidade de Restrição a Direitos Fundamentais

“O direito cessa onde o abuso começa.” (Planiol e Ripert)

Seguindo a concepção *relativa* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é consequência aceitar também a possibilidade de restrições a tais direitos.

Como apontam GILMAR MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, a Constituição brasileira consagra a técnica de restrições diretas e indiretas aos diferentes direitos fundamentais⁹². Todavia, ainda há incerteza na doutrina quanto a possibilidade de restrições de tais direitos, de forma que a análise da matéria não pode deixar de refletir sobre as teorias externa e interna dos direitos fundamentais, para compreender sua possibilidade de restrição

a) Teoria Interna

A máxima formulada por PLANIOL e RIPERT expressam muito bem a teoria interna dos direitos fundamentais. Diz-se interna por que seu processo de limitação é algo inerente ao próprio direito, não sofrendo influência externa. “A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**, p. 28.

⁹⁰ “Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição do direito fundamental atingido.” SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, p. 41.

⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**, p. 207.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 461.

externos, *sobretudo não por colisões com outros direitos.*”⁹³ Nesse sentido, não há o que se falar de sopesamento entre direitos fundamentais na teoria interna, pois toda vez que o direito é exercido, este o é de maneira definitiva e não apenas *prima facie*.

Com a ausência de possibilidade de sopesamento, o maior desafio da teoria interna é demonstrar a possibilidade de restrição dos direitos a partir de uma concepção “de dentro”. A solução apresentada pelos teóricos é aquela que ficou conhecida como a teoria dos *limites imanes*.

Os adeptos da teoria interna recorrem a esta teorização para afastar o pretensão caráter *absoluto* que os direitos fundamentais possam ter. O pressuposto fundamental da teoria dos limites imanes é que os direitos têm seus limites definidos, ainda que implicitamente, pelo próprio texto constitucional⁹⁴.

O opção pelo vocábulo “limite” não é sem propósito. Pretende-se, com isso, transmitir a mensagem que tais limites são parte intrínseca do direito, não podendo se falar em restrição de direitos nestes casos. Sobre esta diferenciação, aponta SILVA:

Com isso, a diferença entre os *limites imanes* e as *restrições a direitos fundamentais* decorrentes de colisões é facilmente perceptível e pode ser traduzida pelo binômio declarar/constituir. Enquanto nos casos de colisões se *constituem* novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanes o que a interpretação constitucional faz é apenas *declarar* limites previamente existentes⁹⁵.

A hermenêutica constitucional tem, portanto, como missão, tornar os limites dos direitos claros.

b) Teoria Externa

⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**, p. 128.

⁹⁴ Virgílio Afonso da SILVA aponta que este entendimento já foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades. Como exemplo, cita o voto do Ministro Maurício Corrêa no *Caso Ellwanger*, onde lê-se: “Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal”. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**, p. 131.

⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**, p. 132.

A teoria externa se afasta da interna já em seus pressupostos: aqui não há somente o direito e seus limites, mas o *direito em si* e suas *restrições*, que devem ser considerados separadamente. Assim, diferentemente da teoria interna, são os direitos fundamentais, na visão externa, capazes de sofrerem sopesamento ao entrarem em conflito. As restrições, aqui, afetam tão somente o exercício do direito, não seu conteúdo. Quando da colisão entre princípios, aquele que cede não perde sua validade, portanto.

Tem-se próximo relacionamento com a teoria dos princípios aqui. O conflito entre princípios é o principal meio de restrição de direitos fundamentais. Quando a colisão entre princípios, aquele que “ganha” restringe o exercício do direito abalizado pelo princípio “perdedor”. Assim, não se pode definir de antemão – como faz (erradamente) a teoria interna – qual o direito válido, pois:

o direito definitivo não é – ao contrário do que defende a teoria interna – algo definido *a priori*. Somente nos casos concretos, após o sopesamento, ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, é possível definir o que definitivamente vale. A definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida *a partir de fora*, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes.⁹⁶

Claro, portanto, que é somente a partir da adoção da teoria externa dos direitos fundamentais que se pode considerar a possibilidade de restrições a tais direitos.

c) Sopesamento e a regra da proporcionalidade

Entendendo que os direitos fundamentais não possuem limites *internos* ao seu exercício, mas podem sofrer restrições, cumpre investigar como se atinge a solução para os conflitos entre tais direitos.

De acordo com SILVA, as duas soluções que se apresentam são o sopesamento de princípios e a aplicação da regra da proporcionalidade, as quais não se confundem: a primeira é utilizada quando é necessário optar por qual

⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**, p. 140.

princípio priorizar no caso concreto, enquanto a segunda é utilizada quando se está de frente a uma medida concreta que deve ser testada⁹⁷.

A regra de proporcionalidade não é regra de conduta ou de competência, mas sim uma regra acerca da aplicação de outras regras. Desta forma, deve ela respeitar algumas etapas para que possa ser efetivamente aplicada. SILVA elenca estas etapas como (i) adequação – *a medida é adequada para fornecer o objetivo fixado?*; (ii) necessidade – *a medida é necessária?*; e, (iii) proporcionalidade em sentido estrito – *a medida é proporcional estritamente?*⁹⁸

Desta maneira, tem-se uma fórmula para resoluções de possíveis conflitos decorrentes da restrição de direitos fundamentais.

3.1.2. O Direito Fundamental de Petição e Ação

Direito de petição e direito de ação não se confundem, conquanto sejam próximos.

O objetivo da tutela constitucional do direito de petição é consagrar o princípio da acessibilidade ao Poder Judiciário, em claro exercício dos ideais democráticos previstos na Constituição. O direito de ação, ao cabo, significa a possibilidade de qualquer pessoa dirigir-se ao judiciário, provocando o exercício da Jurisdição.

Importante ressaltar que o direito de ação não se acaba apenas na possibilidade do jurisdicionado buscar a tutela estatal, ingressando em juízo. Este direito deve alcançar a possibilidade do cidadão desenvolver ampla participação processual. O direito de ação garante ao cidadão a faculdade de acompanhá-lo com todas seus efeitos.

De outra banda, GILMAR MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO anotam que o direito de petição é tipicamente fundamental, com caráter geral e universal, pois é assegurado a todos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, brasileiros ou estrangeiros, mesmo aqueles entes não dotados de personalidade jurídica. Ainda, pode ser exercido de maneira individual ou coletiva. O conceito é amplo. Deve-se considerar tanto a reclamação dirigida à autoridade competente para que reveja

⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**, p. 179.

⁹⁸ Sobre necessidade, o autor explica que esta verifica quando “um ato estatal é necessário quando comparado a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade.” SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**, p. 171.

determinado ato, como reclamações e pedidos dirigidos ao Poder Público, relativos a sua atuação e exercício⁹⁹.

Para André Ramos TAVARES, a natureza jurídica do direito de petição é a de prerrogativa de cunho democrático-participativo. Ainda, é absolutamente informal no que concerne seus pressupostos, ainda que exija forma escrita. Exemplo disso é que, caso dirigido a autoridade incorreta, esta deve remeter o pleito a autoridade competente, salvaguardando o direito do jurisdicionado¹⁰⁰.

3.2. O ABUSO DE DIREITO E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Estabelecido o caráter fundamental dos direitos de petição e de ação constitucionalmente assegurados, bem como a possibilidade deles sofrerem restrições a partir da adoção da teoria externa dos direitos fundamentais, cumpre agora perquirir acerca das situações em que estes direitos são exercidos de maneira abusiva. O correto entendimento sobre abuso de direito é essencial para que se plante o arcabouço teórico indispensável para o entendimento do *sham litigation* no ordenamento brasileiro.

A disciplina do abuso de direito está, como se verá, proximamente ligada aos conceitos de boa-fé processual e litigância de má-fé.

3.2.1. *Abuso de Direito*

Summum jus, summa injuria.

Como visto, os direitos não são absolutos, sendo passíveis de sofrerem restrições. Da mesma forma, o exercício abusivo de direitos deve ser reprimido, a fim de evitar resultados perniciosos aos outros cidadãos e ao próprio sistema em si.

No ordenamento brasileiro, o abuso de direito está positivado no art. 187 do Código Civil, *in verbis*: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 461.

¹⁰⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 671.

Percebe-se, a partir da dicção do artigo, que o legislador brasileiro optou pela desnecessidade de verificação de dolo ou culpa do agente para se caracterizar o abuso de direito. Sobre esta teoria objetiva, RUI STOCO esclarece que “o objetivismo teórico seria a dispensa desse elemento volitivo, de modo que o comportamento exorbitante causasse aquele mal, independente da vontade do agente.”¹⁰¹

Pode-se concluir, portanto, na esteira da doutrina civilista, que o abuso de direito está intimamente ligado a finalidade social do direito subjetivo e aos danos que seu exercício em abuso pode causar a outrem. O agente, ao exercer seu direito de maneira exorbitante, causa danos e se distancia dos fins de seu direito¹⁰².

Por fim, apenas um breve apontamento. A doutrina civilista muito se debruça sobre a relação entre abuso de direito e ato ilícito. Adota-se aqui a posição de que o exercício do direito, ainda que de maneira descomedida, não pode se confundir com ato ilícito. Para suportar este entendimento, resgata-se a dicção do art. 186 do Código Civil, o qual estabelece os requisitos para caracterização do ato ilícito: a violação a um direito, a existência de dano e a culpa. Ora, se o ordenamento adota a teoria objetiva do abuso do direito, não há que se falar em culpa, logo não se configuram os requisitos para caracterização do ato ilícito¹⁰³.

3.2.2. O Abuso de Direito no Âmbito Processual e a Litigância de Má-Fé

É o direito processual civil campo fértil para se verificar o abuso de direito. Considerando o processo como instrumento de distribuição de justiça e paz social, tendo como meta primordial a solução das questões trazidas à apreciação do Poder Judiciário, é necessário que não somente as partes, mas todos os atores envolvidos no processo respeitam os corolários de probidade processual e boa-fé no deslinde do procedimento. Assim, o abuso do direito de demandar e a litigância de má-fé surgem no cenário processual – fenômenos que não devem se confundir, conquanto sejam conexos.

¹⁰¹ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**, p.68.

¹⁰² Para fins de comparação, vale citar que o direito brasileiro não é o único a adotar a teoria objetiva quanto ao abuso de direito. Como exemplo, pode-se elencar o direito alemão, o qual traz, expressamente em seu Código Civil (BGB), a previsão de que o exercício de um direito com o objetivo de prejudicar outrem é proibido: “§226 – *Schikaneverbot* - *Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.*”

¹⁰³ Cita-se o entendimento de TERESA ANCONA LOPEZ, para quem o ato abusivo é um ilícito atípico, pois viola valores como lealdade e boa-fé, protegidos pelo sistema. **Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito**, p. 61.

Diz-se que o abuso do direito de demandar significa que a própria ação ajuizada é, em si, temerária. Não possui suporte fático ou se suporta em fatos inexistentes ou diversos daqueles expostos. O abuso do direito de demandar, portanto, corrompe a ação como um todo¹⁰⁴.

O abuso do direito de demandar corresponde a um desvio de comportamento do postulante – isto é, o demandante não coaduna seu comportamento de acordo com as normas gerais de probidade processual.

O direito processual brasileiro já positivou em seu ordenamento o princípio da boa-fé objetiva, estabelecendo uma verdadeira “cláusula geral” de comportamento para os participantes do processo. O art. 5º do Novo Código de Processo Civil (“NCPC”) – Lei 13.105/2015 - é claro ao estabelecer que: “*Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*”

MICHELE TARUFFO, em exaustivo trabalho acerca do abuso dos direitos processuais em diversas jurisdições, aponta que a cláusula geral de boa-fé é a mais comum nos países que seguem a tradição do *Civil Law*¹⁰⁵. A crítica que o autor italiano faz a esta cláusula-geral, todavia, é que ela representa um sintoma do ainda subdesenvolvimento de um conceito mais específico de lealdade processual, o qual poderia ser usado de maneira mais eficiente para definir abusos na administração da justiça.

O artigo 5º do NCPC é um exemplo destas cláusulas gerais, o qual concerne à conduta geral dos participantes no processo. Ademais, esta cláusula geral serve para preencher lacunas nas regras processuais. O ordenamento pode até tentar prever – e realmente o faz, como será visto a seguir – as condutas processuais passíveis de caracterização de abuso, mas nem todas serão especificadas na lei. Nesse sentido, aponta TARUFFO que:

Na falta de uma regra específica prevenindo ou punindo tal ato ou conduta, uma referência à cláusula geral de boa-fé pode ser o único meio de precisar que um padrão de lealdade foi violado, i.e. de identificar uma violação justificadora de uma sanção. (...) Por assim dizer, a lealdade do contexto processual pode ser assegurada por dois estratos de regras: regras específicas considerando casos particulares de ADP [*abuso dos direitos processuais*] e cláusulas gerais – não necessariamente concernindo apenas

¹⁰⁴ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**, p. 77.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele. **Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)**, p. 157.

a questões processuais – fornecendo padrões amplos de lealdade e correção¹⁰⁶.

No Brasil, portanto, pode-se dizer que o ordenamento processual civil adotou tanto as cláusulas gerais – ao estabelecer princípios gerais a serem respeitados pelos envolvidos – bem como formulou regras específicas para combater o abuso do direito de demandar, como fica explicitado nos deveres expostos no art. 77 do NCPC:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

- I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
- II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;
- III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;
- IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;
- V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;
- VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

¹⁰⁶ TARUFFO, Michele. **Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)**, p. 157.

§ 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

As condutas que aparecem no rol do art. 77 são impostos e devem ser respeitadas durante toda a duração do processo. De acordo com MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, o art. 77 traz a necessidade da boa-fé objetiva no direito processual civil, agindo com comportamento adequado aquele que não abusa de suas posições jurídicas. Neste sentido:

A ideia de desequilíbrio no exercício do direito revela, em seu conjunto, o despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados. Três são as manifestações do exercício desequilibrado do direito: o exercício inútil danoso, a ideia subjacente ao brocardo *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* e a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem¹⁰⁷.

Entende-se que, conquanto não esteja explícito no *caput* do dispositivo, os destinatários da norma são todos aqueles que participam do processo: autor e réu, terceiros intervenientes, Ministério Público, *amici curiae*, auxiliares da justiça, testemunhas, peritos, assistentes técnicos, etc. Não há salvo-conduto para o descumprimento do art. 77. Excepciona-se, todavia, o disposto no §6º para os membros do Ministério Público, Defensoria Pública e advogados¹⁰⁸.

Importante ressaltar que o rol do art. 77 é apenas exemplificativo e as situações de abuso do direito de demandar não se exaurem ali. Isso se dá porque qualquer conduta que atente contra a boa-fé processual, dever de cooperação processual e outros princípios do processo civil brasileiro são passíveis de apenamento¹⁰⁹. Nesse raciocínio, importante notar que, de acordo com TARUFFO, o abuso de direito de ação ocorre, em termos gerais, quando o autor promove uma demanda sem qualquer interesse legítimo em fazê-lo, ao conduzir a ação sem

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, p. 163.

¹⁰⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In.: **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, p. 273.

¹⁰⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In.: **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, p. 272.

qualquer base legal ou fática, com propósitos impróprios ou ilegítimos ou, ainda mesmo, com objetivos de intimidar a parte adversária¹¹⁰.

Portanto, adota-se aqui o entendimento que o autor ou réu – pois o abuso do direito pode ocorrer de ambos os lados – que desrespeita a cláusula geral de boa-fé deve ser considerado como litigante ímprobo, isto é, litigante de má-fé – *improbis litigator*. Para NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, o litigante de má-fé é aquele que age de forma maldosa, causando dano processual à outra parte, pois se utiliza do procedimento para fins escusos, sabendo de sua dificuldade em vencer¹¹¹.

A litigância de má-fé vem também regulada no NCPC:

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidente manifestamente infundado;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Partindo do pressuposto que o ordenamento processual civil é preenchido por normas regentes dos deveres de lealdade, veracidade e cooperação das partes com o juiz, natural que seja também dotado de mecanismos passíveis de inibir o litigante que os descumpre, ao utilizar o processo para fins desonestos. Destarte, a possibilidade de aplicação de sanções pelo juízo aos litigantes de má-fé se torna um meio de inibir a tentação de usar do processo para atingir meios escusos.

O art. 80 do NCPC – o qual reproduz quase que fielmente o art. 17 do Código de Processo Civil de 1973 – elenca as condutas que são, aos olhos do legislador, *objetivamente* consideradas como má-fé. As condutas são exemplos do descumprimento do dever de probidade trazido no art. 5º no NCPC. Trata-se de rol exemplificativo, não taxativo, pois existem outras previsões ao longo do NCPC que

¹¹⁰ TARUFFO, Michele. **Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)**, p. 168.

¹¹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil – Nova Lei 13.105/2015**, p. 414.

podem caracterizar litigância de má-fé (p. ex. art. 142)¹¹². Como aponta GAJARDONI, dispensa-se, nestes casos, maior investigação sobre o elemento volitivo da conduta processual. Assim, em consequência, praticado qualquer ato atentatório aos deveres de condutas e, não estando tal ato previsto no rol do art. 80, é passível de apenamento, mas somente após que a intenção reste constatada. É dever do magistrado explicitar as razões que o levaram a considerar ímproba a conduta, em homenagem à necessidade de fundamentação de qualquer ato decisório¹¹³.

As sanções previstas ao litigante de má-fé estão arroladas no art. 81 do NCPC:

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Uma vez verificada a violação do dever de boa-fé e probidade processual do participante do processo, impõe-se a ele a condenação cumulativa em três graus: (i) aplicação de multa sancionatória de até 10% do valor da causa; (ii) fixação de valor indenizatório a parte adversária, por perdas e danos; e, (iii) eventual condenação ao pagamento de sucumbência¹¹⁴.

Regime diferenciado de sanções é aplicado ao participantes que pratica atos atentatórios ao exercício da jurisdição, nos termos dos parágrafos do art. 77. A verificação de atos atentatórios à dignidade da justiça obriga o magistrado a

¹¹² Ao adotar a concepção de que o rol do art. 80 é apenas exemplificativo, o autor se permite discordar de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, para quem: “as hipóteses de caracterização objetiva de litigância de má-fé estão arroladas em *numerus clausus*, taxativamente, na norma ora comentada [art. 80], não comportando ampliação.” Contudo, concorda-se a afirmação seguinte dos autores: “A taxatividade é relativa às hipóteses caracterizadoras da litigância de má-fé, mas não à incidência restrita do instituto, porque o preceito da norma comentada pode aplicado nos processos regulados por leis extravagantes.” **Comentários ao Código de Processo Civil – Nova Lei 13.105/2015**, p. 414.

¹¹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In.: **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, p. 286.

¹¹⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In.: **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, p. 290.

aplicação de multa de até 20% o valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta. A multa aplicada com fulcro no art. 77 não se confunde com aquela do art. 81, de forma que ambas podem ser aplicadas concomitantemente – desde que não tenham como fundamento o mesmo comportamento ímprobo, sob pena de se caracterizar *bis in idem*. Caso a multa não seja paga pelo participante processual apenado, ela será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, sujeitando-se esse valor ao regime geral de execução fiscal.

Discussão profícua na doutrina e nos tribunais diz respeito à necessidade ou não de prova do dano causado pela litigância de má-fé para a condenação do participante processual em perdas e danos. O Superior Tribunal de Justiça já apreciou a questão em algumas ocasiões, ainda que sob a égide do diploma procesual civil de 1973.

Em julgado da relatoria da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI¹¹⁵, restou consignado que a demonstração de prejuízo sofrido pela parte contrária é indispensável para que o litigante de má-fé seja condenado a pagar a indenização prevista no art. 18, §2º, do CPC. Na mesma esteira, em acórdão do Ministro RAUL ARAÚJO, restou decidido que a necessidade de prova do prejuízo é indissociável da natureza reparatória da indenização¹¹⁶. Esta é a opinião também do Ministro SIDNEI BENETTI¹¹⁷. Deste posicionamento também comungam LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO¹¹⁸.

Entretanto, o presente trabalho não segue a opinião de tais acórdãos do Egrégio STJ. Entende-se, por outro lado, pela desnecessidade da comprovação dos danos sofridos pela litigância de má-fé para a condenação em danos e perdas, sendo necessário tão-somente a configuração dos requisitos postos no art. 18 do CPC. Nos dizeres de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, citado pelo Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO em recente acórdão de sua lavra¹¹⁹:

¹¹⁵ EDcl no AgRg no AREsp 532.563/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 23/02/2015.

¹¹⁶ REsp 1331660/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 11/04/2014.

¹¹⁷ REsp 1325068/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETTI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 04/02/2013.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, p. 169.

¹¹⁹ EREsp 1133262/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/06/2015, DJe 04/08/2015

(...) desnecessária a demonstração efetiva do prejuízo. Pode o juiz calculá-lo, à luz dos dados apontados, fixando o respectivo valor. Fosse exigível a comprovação das perdas e danos, dificilmente o dispositivo teria aplicabilidade. O dano marginal do processo, decorrente da demora na entrega da prestação jurisdicional, for agravado pelo litigante de má-fé, com a prática dos atos descritos no art. 17. Só isso já é suficiente para configurar material, passível de indenização.

Destarte, filia-se a esta corrente de pensamento, para a qual a comprovação do dano não é necessária para a condenação em prejuízos incorridos pela outra parte em decorrência de litigância de má-fé, seja sob o véu do Código de Processo Civil de 1973 ou pelo NCPC.

Por fim, relembrem-se as palavras de MICHELE TARUFFO. Para o autor italiano, ainda que o direito de ação e petição esteja constitucionalmente assegurado e revestido de caráter fundamental de acesso à justiça, isso não significa que o jurisdicionado está autorizado a propor qualquer demanda, por mais frívola que seja, apenas com o intuito de perturbar outrem. As garantias processuais têm como objetivo proteger direitos, não legitimar condutas nocivas injustas, pois a ideia tradicional de que não há moralidade processual e que qualquer conduta processual é desejável, desde que sua forma legal seja respeitada, não é mais confiável. Há um crescimento de importância para os padrões de moralidade processual, justiça, lealdade e boa-fé, tornando-os cada vez mais relevantes e penetrantes nos sistemas processuais¹²⁰.

3.3. A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO DIREITO CONCORRENCIAL: ANÁLISE CASUÍSTICA DO *SHAM LITIGATION* NO ÂMBITO DO CADE

Ultrapassadas as explicações sobre a criação da teoria do *sham litigation* nos tribunais norte-americanos e a explicação acerca do abuso de direito de ação e petição no Brasil, bem como as principais características da litigância de má-fé em nosso ordenamento processual, chega-se à questão fulcral deste trabalho: analisar de qual forma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica recebe a teoria do *sham litigation* nos limites impostos pela legislação nacional.

¹²⁰ TARUFFO, Michele. **Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)**, p. 181

Antes, importante tecer algumas considerações prévias. Parece óbvio notar que o abuso de direito de petição e ação com potenciais efeitos concorrenciais somente pode ser levado à cabo pelo demandante. Não há como se falar que o réu poderia se utilizar da defesa para prejudicar o autor. Excetua-se aqui, entretanto, as situações de reconvenção¹²¹.

Ainda, o abuso de direito de petição e de ação com efeitos anti-concorrenciais não corresponde integralmente ao abuso deste direito normalmente verificado no âmbito do processo civil. Isso ocorre porque o abuso com efeitos anti-concorrenciais busca prejudicar o concorrente através da demanda, do próprio procedimento, e não pela obtenção do resultado final¹²².

Outra discussão que se tem na doutrina é acerca do fenômeno do *sham litigation* em sentido lato e em sentido estrito. Aqui, significa dizer que o fenômeno somente se caracteriza com a observação dos critérios colocados pela Suprema Corte estadunidense no Caso *PRE*; lá, tem-se uma definição mais ampla, entendendo que o fenômeno se caracteriza a partir do uso impróprio dos tribunais e procedimentos judicantes para atingir os fins anti-concorrenciais. Pode-se dizer, portanto, que no Brasil o fenômeno restaria caracterizado caso produzisse – ainda que potencialmente – qualquer dos efeitos previstos no art. 36 da Lei 12.529/2011, devendo ser considerado uma infração à ordem econômica e punido pelo CADE.

Destarte, com a análise dos casos apreciados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica busca-se compreender com qual racionalidade o fenômeno do *sham litigation* foi recebido pelas autoridades antitruste brasileiras.

3.3.1. Caso SINPETRO

O Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77 foi instalado *ex officio* pela SDE após recebimento de representação por parte da Presidência do CADE, devido a existência de indícios de cartelização de postos de combustível no Distrito Federal, em face das redes Gasol e Igrejinha e do Sindicato de Comércio Varejista de Derivados de Combustível e Lubrificantes do Distrito Federal – SINPETRO/DF.

¹²¹ VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation: do abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrenciais*, p. 149.

¹²² Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51.

Para a Secretaria de Defesa Econômica, os representados teriam atuado para implementar barreiras de entrada a novos concorrentes no mercado relevante de revenda de produtos derivados de petróleo no âmbito do Distrito Federal.

As principais provas utilizadas pela SDE para instruir o processo foram atas de reuniões do SINPETRO, nas quais restava claro que os representados agiam em conluio e coordenadamente para atingir seus objetivos de manutenção da participação dos envolvidos no mercado relevante. Uma das maiores preocupação dos envolvidos era com a instalação de postos de gasolina em supermercados pelo Grupo Carrefour. Assim, como restou verificado em uma das atas de reunião, os representados encaminharam ofício do Governo do Distrito Federal (“GDF”), com o intuito de solicitar providências para impedir a instalações de novos postos pelo grupo francês. Ainda, as atas do sindicato também relatavam *lobby* feito pelo Sindicato junto a deputados distritais para que uma lei que proibisse a construção de postos de gasolina em pátios de supermercados fosse aprovada.

Nesse sentido, em janeiro de 2000, foi promulgada a Lei Distrital nº 2.526/2000, a qual vedou a instalação de postos de gasolina nos estacionamentos de supermercados e outros estabelecimentos. Cerca de cinco meses após, esta lei foi revogada pela Lei Complementar 294/2000, a qual, todavia, manteve a proibição de instalação de postos de gasolina nos estacionamos de supermercados.

O caso foi a julgamento pelo CADE em 2004, sob a relatoria do Conselheiro ROBERTO PFEIFFER. Para o relator, os representantes exerceram influência intensa e profunda junto a autoridades do GDF, a fim de impedir a entrada de concorrentes no mercado. Desta forma, nas palavras de PFEIFFER, os representados atingiram o objetivo de perpetrar a estrutura concorrencial existente, altamente concentrada, criando condições à prática de preços arbitrariamente elevados, enquadrando as condutas no art. 20, II, da Lei nº 8.884/1994.

O voto do Relator foi seguido pelo Plenário do Conselho, condenando os Representados ao pagamento de valor equivalente a 5% das receitas brutas, por limitar a concorrência ao impedir a entrada de novos competidores no mercado.

Importante notar que neste caso não houve em nenhum momento menção a doutrina *Noerr-Pennington* ou à própria expressão *sham litigation*, mas não há como deixar de se traçar um paralelo entre este caso e os paradigmas julgados na Suprema Corte estadunidense. Não se discorda aqui da decisão do CADE, mas vale

notar que a decisão foi totalmente contrária àquela perpetrada nos casos *Noerr* e *Pennington*, os quais protegem as petições de particulares dirigidas ao Estado sob o véu do direito constitucional de petição.

O CADE, em seu julgamento, não apreciou a questão acerca do direito de petição no ordenamento constitucional brasileiro, o que, contudo, não afetou a decisão de condenação do Conselho – com a qual concordamos.

3.3.2. Caso *Baterias Moura*

A Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-71 instalada no âmbito do CADE teve origem a partir de representação instalada por Acumuladores moura S/A em face de diversas empresas do ramo de baterias. Em que a averiguação ter sido arquivada por Nota Técnica da SDE, a qual acabou sendo confirmada pelo Tribunal do CADE, o que interessa ao presente trabalho são as ponderações efetuadas pelo Conselheiro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA em seu Voto-Vista.

Em sua representação, o Grupo Moura alegou que as empresas representadas o denunciaram à Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”), arguindo a irregularidade da certificação das baterias por ele produzidas, o que, supostamente, estaria dando azo à venda de tais baterias por preços reduzidos no mercado. Assim, o Grupo Moura apresentou sua representação à SDE alegando que a prática das empresas representadas configurava infração à ordem econômica, por elas deterem mais de 90% do mercado de baterias estacionárias.

Como dito, a Nota Técnica emitida pela SDE recomendou o arquivamento da Averiguação Preliminar – recomendação esta que foi seguida pelo Conselheiro Relator LUIS CARLOS DELORME PRADO, quando da apreciação do caso pelo Tribunal Administrativo do CADE.

Todavia, em seu voto-vista, o Conselheiro VILLAS BOAS CUEVA aproveitou para discorrer sobre o direito de petição e seu exercício pelas representadas ao denunciar o Grupo Moura. O Conselheiro ponderou sobre a Doutrina *Noerr-Pennington* e entendeu ser impossível, além de indesejável, sua completa transposição para os casos analisados pela autoridade antitruste brasileira, em que pese o grande valor atribuído à jurisprudência da Suprema Corte estadunidense.

O Conselheiro, tomando como baliza o exemplo norte-americano, propôs alguns parâmetros para a devida interpretação da questão. CUEVA deixa claro que não pretende analisar o caso sob o ponto de vista da hermenêutica constitucional, mas sim “tentar extrair da jurisprudência destilada pelos tribunais norte-americanos alguns parâmetros para a análise de situações trazidas ao SBDC, nas quais a atividade de peticionar ao Estado pareça de algum modo colidir com os bens jurídicos tutelados pela lei antitruste.”¹²³

Primeiramente, deve-se repisar o amplo direito à petição quando exercido na arena política. A possibilidade de se comunicar com o Estado possui caráter político-fiscalizatório, caráter essencial de uma democracia que se pretende representativa, com o intuito de formar a vontade política e a traduzir na legislação aprovada pelo Parlamento. Em segundo lugar, o Conselheiro aponta que, em razão do pacto federativo, não é competência do CADE se imiscuir no processo decisório do Estado, não cabendo verificar se as decisões do Executivo ou do Legislativo são viciadas. Por fim, aponta “como corolário dos parâmetros anteriores”, o reconhecimento da limitação da autoridade antitruste em reconhecer o abuso de direito de petição. Critérios a serem levados em consideração são a plausibilidade do direito invocado, veracidade das informações, adequação e razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso da postulação.

No caso concreto, CUEVA entendeu não existir nenhuma conduta abusiva por parte das representadas, pois estas agiram em seu legítimo interesse de obter informações da autoridade pública. Adiciona-se a isto que a própria ANATEL reconheceu a procedência em algumas das questões suscitadas pelas Representadas frente ao órgão regulador. Por fim, não restou provado que as representadas teriam encetados qualquer outro tipo de representação frente ao ente regulador.

Em que pese não ter restado reconhecida a prática de *sham litigation* no caso, não se pode negar a importância que o voto do Conselheiro CUEVA teve para o desenvolvimento da matéria no âmbito do CADE, ao tentar estabelecer as primeiras balizas do direito brasileiro para caracterizar o abuso de direito de petição como ilícito concorrencial, e não somente transpor o entendimento estrangeiro ao ordenamento jurídico pátrio.

¹²³ Voto-Vista na AP nº 08012.006076/2003-72, p. 6.

3.3.3. Caso Siemens VDO

A discussão trazida no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51 foi uma das mais intensas até hoje no CADE sobre a matéria de *sham litigation*.

O procedimento teve início em maio de 2005, quando a SEVA Engenharia Eletrônica apresentou representação em face de Siemens VDO Automotive, acusando esta última de criar barreiras à entrada e permanência de empresas concorrentes no mercado de tacógrafos, recaindo em práticas previstas nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994.

De acordo com a representação formulada pela SEVA, a Siemens teria contribuído com a criação de obstáculos à homologação e comercialização de seus tacógrafos através de, principalmente, (a) uso de sua influência política para revogar portarias do Departamento Nacional de Trânsito (“Denatran”) que autorizavam os tacógrafos da SEVA; (b) ajuizamento de ações judiciais com o intuito de suspender as portarias do Denatran por meio de liminares, alegando suposto conflito de competência entre o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) e o Conselho Nacional de Trânsito (Contran); e, (c) convite à cartelização, a fim de que o produto da SEVA fosse retirado do mercado e direcionado para outros mercados.

Ao analisar o caso, a SDE entendeu que o exercício abusivo de direito de petição possui sim aplicação no direito brasileiro, mesmo que de modo excepcional, implicando o reconhecimento que a intenção de imputar prejuízos a seu concorrente seria um dos motivos para o agente abusar de seu direito. Para configurar o *sham litigation*, a SDE recorreu ao Teste *PRE*, de modo que a ação deveria ser completamente sem fundamento (*baseless*) e que seu autor não pudesse, realisticamente, ter esperanças de provimento de seus pedidos.

Nesse sentido, a SDE entendeu ser culpada a Representada pela prática *sham litigation*. A Secretaria entendeu que a Siemens impetrou mandados de segurança contra a portaria do Denatran sem ter legitimidade para tanto – o que acabou sendo reconhecido na sentença que denegou a segurança; também, ajuizou procedimento ordinário contra SEVA com os mesmos fundamentos do mandado de segurança; por fim, não esclareceu devidamente os fatos em sua petição inicial, ao não declarar que comercializava tacógrafos sem qualquer tipo de homologação.

Na ocasião do julgamento pelo Tribunal do CADE, foi designado como Relator o Conselheiro FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN. O Relator considerou sem fundamento a defesa da Siemens que rebatia as alegações de *sham litigation*, pois ter um direito assegurado pela Constituição não fornece salvo-conduto para o abuso dele, ensejando infrações de ordem econômica. Para o Relator, “o fato de um direito ser reputado relevante a ponto de figurar na Constituição não significa que seu abuso não seja punível na forma da lei.” Ainda, esclareceu o Relator, rebatendo os argumentos de que somente o Poder Judiciário poderia punir ações judiciais que tivessem como objetivo restringir a concorrência, que a condenação do CADE para os atos observados nos autos judiciais somente ocorre em casos de robusta prova dos efeitos anti-concorrenciais. Assim, o Relator concluiu pela condenação da Siemens, pois entendeu que suas atitudes refletiram de maneira nociva à concorrência.

Ao analisar o caso, o Conselheiro OLAVO ZAGO CHINAGLIA discordou do posicionamento do Relator, pois não conseguia conceber relação entre as condutas de *sham litigation* e convite à cartelização. Para a devida caracterização do *sham litigation*, o Conselheiro entendeu necessário análise detalhada da atuação processual do investigado e os efeitos causados por suas condutas. Nessa linha de pensamento, CHINAGLIA afastou o reconhecimento do abuso de direito de petição, por não encontrar qualquer despropósito jurídico nas ações movidas pela Siemens.

Outro voto dissidente do Tribunal foi proferido pelo Conselheiro CÉSAR COSTA ALVES DE MATTOS. Para o Conselheiro, o abuso de direito de petição ocorre quando se excede a finalidade social e econômica de tal direito – independentemente de dolo ou culpa - caracterizando-se o *sham litigation*. Ao lado dos requisitos do Teste PRE, o Conselheiro ponderou que uma ação que tem seu arcabouço em fatos enganosos, induzindo o Estado a erro, também pode ser considerado *sham*. No mérito, o Conselheiro identificou sim o conflito entre INMETRO e Contran, seguindo o voto do Conselheiro CHINAGLIA, concluindo pela inexistência do abuso de direito de petição praticado pela Siemens, ao impetrar os mandados de segurança.

Por seu turno, o Conselheiro RICARDO MACHADO RUIZ, em que pese ter reconhecido o conflito regulatório na questão da homologação dos tacógrafos, entendeu que tal colisão foi usada pela Siemens como instrumento de constrangimento contra a SEVA. RUIZ entendeu que a Siemens visava retirar o produto do concorrente do mercado. Apesar de ter seguido o Relator no que tange à estratégia utilizada pela Representada, não entendeu que existia abuso de direito de petição no caso.

No mesmo sentido votou o Conselheiro VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO, por entender não configurado o “uso espúrio do direito de ação com intento ardiloso de promover exclusão de concorrente.” Condenou a Representante apenas pela conduta de conduta à cartelização. CARVALHO foi acompanhado pelo Conselheiro CARLOS EMMANUEL JOPERT RAGAZZO na integralidade do seu voto.

A Siemens também não foi condenada por *sham litigation* no voto do Presidente do CADE à época, Conselheiro Arthur Sanchez BADIN. Em seu voto, arrolou alguns aspectos que deveriam ser analisados no tocante ao caso: (i) poder de mercado detido pelo agente; (ii) expectativa razoável de vitória em primazia à ação objetivamente sem fundamento; (iii) interesse anti-concorrencial escondido; (iv) imposição de grandes custos às empresas com menor capacidade financeira; (v) uso da demanda como instrumento para prejudicar a imagem da empresa ré; (vi) criação de barreiras artificiais à entrada de competidores no mercado; (vii) prejuízo à atividade de concorrentes; e, (viii) influenciar ações governamentais com vistas à prejudicar a atividade dos concorrentes. A partir desses critérios, o Presidente não vislumbrou a prática de *sham litigation* pela Representada.

Cumprе ressaltar que, após o voto do Presidente, os Conselheiros FURLAN e RUIZ retificaram seus votos no sentido de acompanhar o entendimento do Conselheiro MARQUES DE CARVALHO, isto é, condenando a Siemens somente no que se referia ao convite para cartelização.

Cumprir notar que todos os conselheiros entenderam pela possibilidade de se investigar condenar o agente econômico que abusa de seu direito de petição com intenções anticoncorrenciais. Foram duas as principais linhas de raciocínio: a ação deve, assim como no Teste PRE, ser carente de fundamento e com potencial de causar efeitos atentatórios à concorrência, bem como a análise deve levar em consideração uma série de práticas, começando pelo abuso de direito presente no Código Civil, a fim de se identificar se a demanda foi um mero artifício para atingir efeitos anti-concorrenciais.

Em que pese o Tribunal não ter condenado a Siemens pela prática de *sham litigation*, este caso possui grande importância pela discussão que suscitou acerca do assunto no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

3.3.4. Caso *ShopTour*

O Caso ShopTour é paradigmático no estudo do *sham litigation* no Brasil, por ser a primeira decisão do plenário do Conselho que condenou uma empresa por esta prática.

O Processo Administrativo 08012.004283/2000-40 foi instaurado a partir de representação da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara de Deputados em face de Box 3 Vídeo e Publicidade e Léo Produções e Publicidade, alegando supostas tentativas de dominação do mercado de vendas em programas de televisão.

Segundo informou a representação, a Box 3 manjava diversas ações judiciais com pedido de liminares, com a intenção de retirar do ar os programas de suas concorrentes, alegando que ela possuía os direitos autorais sobre o formato do programa de vendas *ShopTour*, de acordo com registro na Biblioteca Nacional da Cultura.

Instada a se manifestar, a SDE entendeu não haver qualquer lesão à livre concorrência ou à livre iniciativa nas medidas judiciais adotadas pela Representada. Para a Secretaria, a Box 3 apenas lançou mão do direito de petição para proteger interesses legítimos. Notando que em algumas ações a empresa obteve êxito, a SDE opinou pelo arquivamento do processo administrativo. No mesmo sentido votou a Procuradoria do CADE, através do Parecer 358/2009, e o Ministério Público Federal, corroborando a tese da SDE.

Ao serem remetidos os autos para o Tribunal do CADE, o Conselheiro Relator VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO determinou a realização de instrução complementar, atestando a existência de nove ações judiciais movida pela Representada, com todas as decisões de mérito favoráveis revertidas pelo Poder Judiciário.

Na ocasião do julgamento do caso, em 15 de dezembro de 2010, o Conselheiro Relator redigiu extenso e analítico voto, discorrendo sobre os precedentes norte-americanos e europeus sobre a disciplina do *sham litigation*, além de colacionar as decisões já exaradas pelo CADE sobre a disciplina – como o Caso Siemens e o Caso Baterias Moura, já expostos neste trabalho. Para o Relator, não há dúvidas que os agentes não podem se proteger da responsabilidade concorrencial sob o manto do direito de petição – visto que este não é absoluto ou imune perante o CADE. Na avaliação do caso concreto, necessário verificar se há alguma razoabilidade na causa de pedir das requerentes, ao buscar proteger seus supostos direitos.

O voto do Conselheiro CARVALHO trouxe análise minuciosa das nove ações judiciais perpetradas pela Box 3, analisando as decisões de mérito de primeira e segunda instâncias, observando que o sucesso em obter provimentos favoráveis no judiciário não descaracteriza automaticamente o caráter anticompetitivo de uma estratégia de abusar do direito de petição. Vale aqui transcrever o voto do Relator:

Assim, mesmo que a Box 3 tenha ganho poucos provimentos iniciais, ousou discordar da SDE, da Procuradoria do CADE e do MPF. Não é possível concordar com esse ambiente, injusto, criado por causas frívolas, que garantiram maior poder de mercado, com base exclusivamente em argumentos ardilosos que simularam um suposto direito inexistente.

(...)

A mera existência dos processos já beneficiou, ilicitamente, a Box 3, que não atuou com lealdade processual. Diz-se isto porque, já sabendo que seu pleito havia sido várias vezes refutado pelo Poder Judiciário – e que sua interpretação destoa da literal interpretação da lei de direitos autorais, como conduta de lealdade processual, a representada *deveria* dizer que está solicitando a revisão de uma interpretação sólida sobre esta matéria. Também, a parte *não poderia* fazer a solicitação de exclusão de concorrentes via medida liminar, a respeito de um assunto como este, neste contexto específico e com base neste argumento.

O principal fundamento das ações da Representada era o suposto direito autoral protegido. Todavia, como bem salientou o Relator, o registro de programa de

televisão na Biblioteca Nacional não gera proteção de direitos autorais, pois nenhuma empresa poderia se dizer proprietária de um programa de televisão.

Ao cabo, o Relator concluiu que as ações movidas pela Box 3 possuíam grandes incentivos econômicos, na medida que eliminava concorrentes do mercado e possibilitava o aumento de preços pelos outros agentes do mercado. Ademais, ressaltou que as ações não tinham a mínima base jurídica – *objective baseless claim* –, acarretando danos concorrenciais. Portanto, era dever do CADE reprimir e condenar a Box 3 nos termos dos arts. 20 e 21, IV e V, da Lei 8.884/1994.

O Plenário do CADE seguiu o voto condutor do Relator.

O que se tira desde caso paradigmático é a observação de que o Conselheiro Relator em nenhum momento importou integralmente a doutrina do *sham litigation* para o ordenamento concorrencial brasileiro. Em que pese ter utilizado requisitos do Teste PRE, ele se preocupou em verificar analiticamente os dados do caso concreto, para uma melhor aplicação do instituto no direito brasileiro.

3.3.5. Caso Eli Lilly

O Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91 foi instaurado pela SDE em dezembro de 2011, a partir de representação feita pela Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos em face de Eli Lilly do Brasil e Eli Lilly and Company (“Eli Lilly”), a fim de investigar supostas práticas de *sham litigation*.

A representação versava sobre a estratégia anti-competitiva perpetrada pela Representada, pois estaria impondo barreiras artificiais à concorrência por meio do ajuizamento de múltiplas ações judiciais em face de instituições públicas – INPI e ANVISA – em comarcas diferentes, visando à obtenção de exclusividade na comercialização do medicamento cloridrato de gencitabina, utilizado para o tratamento de câncer, prejudicando seus concorrentes.

A Representante alegou que Eli Lilly teria praticado *sham litigation* ao ajuizar as ações frente à ANVISA para a obtenção de registro de exclusividade de comercialização do cloridrato de gencitabina, princípio ativo do medicamento GEMZAR.

Em sua defesa de mérito, a Representada alegou que a conduta de *sham litigation* refere-se somente a ações que não buscam interesses legítimos e que são propostas com o único intuito de prejudicar seus concorrentes. Assim, para a que a

Eli Lilly fosse condenada, seria necessário demonstrar sua má-fé para se configurar a violação ao direito constitucional de petição.

Após a instrução do processo, a Superintendência-Geral (“SG”) opinou pela condenação das Representadas, pois “abusaram de seus direitos de petição, utilizando-se de ardilosa engenharia processual, na busca de direitos que não lhes eram devidos, e com efeitos anti-competitivos severos.”

De acordo com o parecer da SG, a Eli Lilly teria obtido indevidamente o direito de comercialização da gencitabina, pois omitiu do Judiciário informações relevantes sobre o caso. Ainda, para a SG, a Eli Lilly

Logrou gozar, por período de tempo razoável, de forma indevida e ilegal, de um monopólio na oferta de um medicamento contra o câncer, com consequências graves aos seus concorrentes e, especialmente, aos consumidores, que diante de situação de saúde grave comprovadamente tiveram limitações de opções de oferta e pagaram preços muitas vezes maiores do que pagariam não fosse pela prática ilegal e anticompetitiva levada a cabo pela empresa.

Neste sentido, a SG opinou pela condenação da Representada, nos termos do art. 21, IV, V, X e XVI e art. 20, I, II e IV, da Lei 8.884/1994.

A Procuradoria do CADE também deu parecer favorável à condenação, pois entendeu que restou configurada o *sham litigation*, na medida em que a Eli Lilly obteve o direito de comercialização exclusiva do medicamento de forma fraudulenta, “valendo-se de padrão de comportamento não esperável e desarrazoado, que acarretou por breve período potencial prejuízo à ordem econômica.” Dessa maneira, a ProCADE acompanhou o entendimento da SG. O Ministério Público Federal também pugnou pela condenação, na mesma linha dos pareceres anteriores.

No Tribunal do CADE, o caso teve a relatoria da Conselheira Ana FRAZÃO. Em seu voto, a Relatora fez intensa análise das ações ajuizadas pela Representada, além de ponderar sobre a relação entre o direito concorrencial e a propriedade industrial. Nas palavras da Relatora,

ambos asseguram o bem estar dos consumidores a partir da garantia de inovação, ainda que modos distintos. Ao passo que a propriedade industrial incentiva a inovação tecnológica por meio da garantia da exploração exclusiva de determinado produto ou processo por seu inventor, o direito antitruste garante que tecnologias, produtos e serviços possam tramitar em um ambiente competitivo, por meio da coibição de práticas lesivas aos mercados. O direito antitruste garante uma concorrência saudável, enquanto a propriedade intelectual protege o direito de fruição dos

proventos da atividade inventiva, o que representa um incentivo à concorrência e à inovação.

Portanto, não há o que se falar sobre possível incompatibilidade do CADE para apreciar e julgar casos que versam sobre propriedade intelectual. Em seguida, a Relatora passou a analisar as condutas que poderiam configurar *sham litigation*.

De acordo com FRAZÃO, a possibilidade de causar efeitos lesivos à concorrência não se resume somente nas demandas levadas ao Judiciário, mas também àquelas apresentadas frente a instâncias decisórias administrativas. Não há necessidade de *intenção* de causar danos à concorrência, pois a ilicitude se verifica a partir da ausência de boa-fé nas condutas processuais da parte, notadamente na falta de respeito aos deveres de diligência e lealdade processual. A Relatora relembra que, nos termos do art. 36 da Lei 12.529/2011, as infrações de ordem econômica não dependem de culpa subjetiva. Nesse sentido, *sham litigation* está intimamente ligada à ideia de que a fruição de direitos não é ilimitada¹²⁴.

Em seu *decisum*, após minuciosa análise das ações judiciais e pedidos administrativos movidos pela Representada, a Conselheira Ana FRAZÃO entendeu que não restavam dúvidas que as ações levadas ao Judiciário tinham claras intenções de obtenção de monopólio, eram desprovidas de base jurídica, posto que foram fundamentadas em fatos comprovadamente falsos ou omissões propositais e planejadas para mascarar o propósito anti-concorrencial. Também restou provado que houve dano concreto ao mercado, “pois, como as demandas foram camufladas pela omissão de dados relevantes, a representada conseguiu prestações jurisdicionais favoráveis.”

Por fim, vale notar que a Conselheira refutou o argumento da Eli Lilly que a ausência de poder de mercado impossibilitaria a configuração de *sham litigation*. Para FRAZÃO, o *market share* é irrelevante nos casos de *sham*, pois o sucesso em uma demanda pode ser suficiente para afastar concorrentes do mercado – o que foi observado no caso concreto.

¹²⁴ Trecho do voto da Conselheira Ana Frazão (p. 15): “A instrumentalização do direito de ação para a produção de efeitos anticoncorrenciais é, portanto, matéria com a qual deve se preocupar o direito da concorrência. O exercício do direito de ação é legítimo quando o autor pretende buscar os meios adequados para a obtenção da prestação jurisdicional que garanta seu direito na melhor forma possível, mas pode configurar um ilícito quando utilizado para dissimular estratégia anticompetitiva, tendente à eliminação da concorrência.”

Portanto, ao cabo, a Conselheira, na ocasião do julgamento do feito em junho de 2015, condenou a Eli Lilly pela prática de infrações à ordem econômica, fixando multa no montante de R\$ 36.679.589,16.

3.3.6. *Caso Ediouro*

Trata-se de representação endereçada à Secretaria de Direito Econômico, perpetrada pela Editora Nova Atenas e Ponto da Arte Editora em face da Ediouro Publicações.

As Representantes alegaram, nos autos de Processo Administrativo para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica nº 08012.005335/2002-67, que a Ediouro valeu-se de abuso de direito de petição com fins anti-concorrenciais, ao tentar dificultar a constituição, funcionamento e desenvolvimento de empresas concorrentes na produção e comercialização de revistas de passatempo – mercado no qual a Ediouro teria posição dominante. Ademais, estaria a Ediouro valendo-se de práticas intimidatórias para dificultar o acesso da Nova Atenas ao mercado de distribuição. Alegam as Representantes que a Ediouro estaria pressionando a Distribuidora Nacional de Publicações S/A (“DINAP”) a romper contrato pré-firmado com a Representante e que a Representada teria firmado acordos judiciais com concorrentes que continham cláusulas de caráter anticompetitivo.

Com o recebimento da denúncia, instaurou-se Averiguação Preliminar, para fins de aprofundar a investigação. Após a instrução do processo, a SDE, em Nota Técnica, opinou pelo arquivamento da Averiguação. Em recurso de ofício ao CADE, o Conselheiro Relator Luiz Fernando SCHUARTZ votou pela rejeição da decisão de arquivamento expedida pela SDE, instaurando Processo Administrativo a fim de melhor instruir o feito, principalmente a investigação de práticas tendentes à exclusão de rivais praticadas pela Ediouro.

Em sua defesa, a Representada protocolizou petições complementares alegando, entre outros aspectos, que as acusações contra a Ediouro eram insubsistentes e que, principalmente, as ações ajuizadas pela Ediouro no judiciário teriam fundamento sólido, constituindo exercício regular do direito de petição.

Após extensa investigação e produção probatória, a Representada apresentou suas alegações finais em setembro de 2015, já sob a égide da Lei

12.529/2011. Com isso, os autos foram remetidos para a Superintendência-Geral a fim de emissão de nova Nota Técnica.

A Nota Técnica, assinada pelo Superintendente-Adjunto KENYS MENEZES MACHADO, teve como escopo analisar se a prática da Ediouro de acionar judicialmente seus concorrentes e firmar acordos judiciais de não-concorrência era justificador de repressão sob a ótica da Lei Antitruste. Para a Superintendência, acordos judiciais, em algumas situações, podem esconder um efeito público negativo à concorrência, representando uma estratégia de dominação de mercado.

Assim, como em quase todos os casos que trazem à tona a discussão sobre o abuso de direito de petição, a Nota Técnica exarada pela SG colacionou o histórico de desenvolvimento do instituto, com os julgados da Suprema Corte americana e os precedentes do próprio CADE. Sobre o Teste PRE, teceu diversas observações e concluiu que há pelo menos duas variantes do teste, que não se excluem entre si: a primeira diz respeito à falta de uma das condições da ação, existência de uma omissão relevante no pleito judicial ou a comportamento contraditório – *venire contra factum proprium*; a segunda se refere ao desgaste da imagem da empresa acionada em uma causa sem chances de sucesso.

Sobre a primeira variante, a SG discorreu que a existência de argumentos e posições contraditórias e incompatíveis por parte dos autores, bem como a omissão de fatos relevantes no relato da matéria questionada podem ser considerados exemplos de ações consideradas sem objetivo. Isso não quer dizer que as ações possuam mentiras, mas representam interpretações jurídicas desarrazoadas. Nesse contexto se insere o *venire contra factum proprium* e a possibilidade de simulação anticoncorrencial no Judiciário, a partir de omissões dolosas a respeito de fato que a parte conhece e sabe de sua relevância para o pleito, mas não o reporta. Nas palavras da Nota Técnica, “deste modo, ao contar várias meias verdades para um ou para vários juízes, é possível que o litigante retire do decisor a possibilidade de conhecer a extensão e as implicações concorrenciais de seu julgamento, podendo ser enganado pelas omissões relevantes do peticionário.”

Quanto à outra variante, a SG explica que o autor apenas simula possuir um direito para expor a imagem do concorrente ao ridículo ou causar-lhe aumento de custos processuais, pois sabe que não obterá provimento em seus pedidos.

Ainda, a SG ponderou sobre acordos judiciais capazes de cancelar a saída de concorrentes do mercado ou mudança de sua conduta – em troca de compensações específicas – criando monopólios ou elevação de poder de mercado.

Ao examinar o caso concreto, a SG analisou dois acordos que puseram fim a litígios da Ediouro com outras empresas do segmento – acordos que resultaram na saída das concorrentes do mercado. Para a SG, o pagamento feito pela Ediouro às Editoras Escala e Heavy Metal neste acordos representou claramente o preço de manutenção do monopólio.

Para a Superintendência-Geral tornou-se claro o intuito anti-concorrencial das ações e acordos judiciais promovidos pela Ediouro:

Assim, analisando os fatos narrados e o conjunto probatório trazidos aos autos, verifica-se que a Representada, tendo ajuizado ações cautelares e ordinárias cujo fundamento é, no mínimo, discutível, pode obter através do acordo firmado uma exclusividade à qual não tinha direito, excluindo concorrentes do mercado. A conduta perpetrada pela Representada, portando, foi capaz de gerar resultados notadamente deletérios ao mercado.

(...)

Nota-se um padrão no comportamento da Representada, que, a partir de fundamentos no mínimo questionáveis, promovia litígios contra seus concorrentes. Das referidas ações derivavam acordos judiciais de não-concorrência que cancelavam a saída de concorrentes do mercado, mediante pagamento. Tendo em vista não haver racionalidade na conduta referida, ficando patente o objetivo de que os concorrentes deixassem de contestar o domínio da Ediouro em um mercado no qual sua participação já era muito elevada, considera-se presente o interesse anticompetitivo da Representada. Nesse sentido, a Representada utilizou-se de acordos judiciais para obter fins ilícitos do ponto de vista concorrencial, posto que em dissonância com a Lei 12.529/2011.

Assim, em sua conclusão, a SG opinou pela condenação da Ediouro Publicações SA, nos termos dos incisos III, IV e V do art. 36, §3º, c/c art. 36, I, da Lei 12.529/2011.

O grande mérito do estudo deste caso para a compreensão do *sham litigation* no Brasil é perceber que a mera importação dos conceitos estrangeiros não é aceitável, pois a análise das condutas deve ser casuística, tendo sempre como norte a proteção constitucional da livre concorrência e livre iniciativa. Espera-se agora as considerações a serem feitas pelo Tribunal do CADE quando da ocasião do julgamento do feito, para aprofundamento do estudo.

3.3.7. Caso Uber

Assunto que tomou conta dos noticiários brasileiros durante o ano de 2015 foi a inserção mais acentuada do aplicativo *Uber* no cotidiano das grandes cidades do país. O aplicativo serve como mediador para o transporte individual de passageiros e seu uso tem causado revolta por parte de entidades de classe – notadamente, os taxistas.

Em julho de 2015, o Diretório Central dos Estudantes do Centro Universitário de Brasília apresentou representação ao CADE, em face do Sindicato dos Permissionários de Táxi e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal – SINPETAXI/DF, do Sindicato dos Motoristas e Trabalhadores nas Empresas de Taxi no Estado de São Paulo – SIMTETAXI/SP, da Associação Boa Vista de Taxi e de José Renan de Freitas.

Em síntese, a representação alega a adoção de práticas contra ordem econômica por parte dos Representados, com o objetivo de impedir e obstaculizar a prestação de serviços de transporte de passageiros, em especial aqueles proporcionados por aplicativos, como é o caso do Uber.

Entre as estratégias anticoncorrencias, elenca-se o uso abusivo de direito de ação perante o Judiciário, manifestado no ajuizamento reiterado de ações judiciais completamente infundadas, manejadas de forma ardilosa com o objetivo de impedir a prestação dos serviços pelo Uber e empresas congêneres no município de São Paulo.

De acordo com a petição inicial do Procedimento Preparatório 08700.006964/2015-71, os Representados ajuizaram três demandas com os mesmos fundamentos jurídicos e pretensões, sendo seu conteúdo material idêntico. Os Representantes alegam que a reincidência no ajuizamento de ações frívolas e com poucas chances de sucesso caracterizam o *objective baseless claim*, requisito para a configuração do *sham litigation*.

Como o procedimento ainda é preparatório e muito incipiente, aguarda-se a devida instrução do processo para melhor analisar a situação fática.

3.4. O POSICIONAMENTO ADOTADO PELO CADE

Após a análise da casuística do Conselho Administrativo de Defesa Econômica sobre a disciplina do *sham litigation* no direito brasileiro, cumpre tentar identificar qual a posição adotada pelo Conselho no que tange à matéria em estudo.

Primeiramente, pode-se identificar que o CADE entende sim que o abuso de direito de petição pode ser considerado um ilícito antitruste sob os auspícios da Lei 12.529/2011. Isso se justifica porque atos sob qualquer forma manifestados constituem infração à ordem econômica, desde que produzam – ou possam produzir – os efeitos elencados no art. 36 da Lei Antitruste. Assim, se o abuso de direito de petição e de ação produzir (ou tiver o potencial de produzir) algum dos efeitos, configurar-se-á a infração concorrencial.

Ainda que os julgamentos do CADE a respeito da matéria sejam poucos, percebe-se que os Conselheiros se preocuparam em não apenas importar um instituto estrangeiro para o ordenamento brasileiro, mas adaptá-lo à realidade pátria. O Conselho procurou analisar cada caso de maneira singular: se às vezes se utilizou do Teste PRE ou outros requisitos consagrados pela jurisprudência estrangeira, não se esgotou aí a análise. O Conselho, em suas análises, tomou o cuidado de também adotar como norte os princípios basilares da livre concorrência e livre iniciativa ao ponderar sobre os feitos, a fim de consagrar o texto constitucional.

3.5. O *ENFORCEMENT* DAS DECISÕES DO CADE PELO PODER JUDICIÁRIO

Como autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, as decisões do CADE são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário. A efetividade das sanções impostas pelos CADE aos agentes econômicos passa pelo estudo da recepção das decisões do órgão protetor da concorrência pelos Tribunais brasileiros.

Em que pese as divergências doutrinárias quanto à definição de ato administrativo, parece ser pacífico que os pronunciamentos do órgão de defesa da concorrência inserem-se nesta classificação. Nesse sentido, discorreu AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA:

Na medida que o CADE aprova ou não uma fusão de empresas ou estabelece uma multa em virtude de uma determinada conduta infrativa à ordem econômica adotada por uma empresa no mercado, está praticando

ato administrativo, tanto pelo fato de emanar de uma entidade componente da Administração Pública Indireta Federal, quanto pela capacidade que tem esse ato de criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir relações jurídicas¹²⁵.

Uma vez assentado que os pronunciamentos do CADE são de fato atos administrativos, importante averiguar se tais atos possuem caráter discricionário ou vinculado. Nesta seara, de acordo com EDUARDO TALAMINI, não há discricionariedade na verificação de possíveis infrações de ordem econômica, pois incumbe ao CADE verificar, rigorosamente, se a prática adotada pelo representado, no caso concreto, subsume-se ou não nos tipos legais das infrações administrativas contra a ordem econômica. Assim, não há o que se falar em juízo de conveniência por parte do órgão concorrencial. Poder-se-ia, contudo, questionar a presença de conceitos indeterminados e vagueza de definições na Lei Antitruste que dariam azo a interpretações mais extensivas e discricionárias pelo CADE. Todavia, atento a este questionamento, TALAMINI esclarece:

Estando o “conceito vago” na hipótese de incidência da norma (a descrição da infração), terão de ser identificados, concreta e precisamente, que fatos a ela se subsumem. E, operada essa identificação, não sobrará margem de liberdade para o aplicador: ou o fato se enquadra na hipótese de incidência normativa, e impõe-se a atuação da norma; ou o fato não corresponde ao previsto no modelo normativo, e a norma não estará incidindo. Enfim, ou a norma incide, ou não. Não espaço para exame de oportunidade e conveniência quanto a isso¹²⁶.

Contudo, TALAMINI, ainda que defenda a vinculação dos atos exarados pelo CADE, questiona se haveria discricionariedade na aplicação concreta de conceitos vagos. Caso se entenda que a Lei 12.529/2011 possui em seu bojo conceitos indeterminados, caberia, então, ao administrador realizar juízo de oportunidade, buscando a melhor opção com base na razão prática e interesse público.

Pode-se estabelecer aqui, portanto, duas facetas do ato administrativo exarado pelo CADE. De um lado, a definição legal e o enquadramento no tipo legal de uma determinada conduta apurada no processo administrativo é um ato vinculado; de outro lado, na análise econômica conduzida pela autoridade antitruste de verificar se o agente provocou alguns dos efeitos descritos no art. 36, entende-se

¹²⁵ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário**, p. 63.

¹²⁶ TALAMINI, Eduardo. **Efetivação Judicial das Decisões e Compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei Federal nº 8.884/94)**, p. 1227.

que o ato veiculado pelo CADE é de caráter discricionário – e, portanto, não passível de revisão pelo Poder Judiciário.

Exemplo dessa discricionariedade pode ser encontrada no próprio texto do art. 36 da Lei Antitruste. Quando o diploma legal diz “as seguintes condutas, *além de outras...*” há a clara intenção do legislador em deixar as possibilidades de infrações em aberto, para que o administrador, no caso concreto, usando de sua discricionariedade, decida se a conduta corresponde ou não a uma infração à ordem econômica. Portanto, o órgão antitruste possui uma certa liberdade na sua atuação como *longa manus* da Administração Pública, podendo optar sobre qual a melhor solução para o caso concreto, tendo como finalidade a concretização dos objetivos da Lei 12.529/2011.

A possibilidade de realização de juízo de oportunidade pelo CADE no que se refere à análise econômica dos atos infrativos à legislação concorrencial é inerente à atividade do Conselho. Caso isso fosse vedado, o CADE estaria impossibilitado de exercer sua finalidade, sendo sua existência até desnecessária.

O Poder Judiciário e o CADE devem, portanto, atuar de maneira harmoniosa, cada um respeitando suas competências e especialidades. As decisões do CADE tratam de matérias tecnicamente específicas, para as quais o Judiciário não possui a expertise necessária. Ademais, as decisões do Conselho, como dito alhures, representam escolhas da Administração Pública, fundamentadas na teoria econômica e concorrencial, com o fito de atingir a finalidade da legislação antitruste.

Não se discute que no ordenamento brasileiro prevaleça o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado constitucionalmente, no sentido de que é impossível impedir que os processos administrativos sejam submetidos ao Poder Judiciário. Todavia, necessário avaliar quais os limites para tal controle jurisdicional, para que o CADE não seja esvaziado de sua função.

Os limites do magistrado devem ser claramente assinalados, para que este não se substitua na posição de conselheiro do CADE. Entende-se, no presente trabalho, que o Judiciário não deve se imiscuir no mérito das decisões, mas somente verificar a presença de seus aspectos formais, necessários para a validade do ato administrativo.

Repise-se, em síntese: quando da tipificação das condutas praticadas pelo representado, o CADE pratica ato administrativo *vinculado*, obedecendo

estritamente a lei, para definir o objeto do processo administrativo; de outro lado, quando se refere à definição dos efeitos potencialmente causados pelas condutas, para verificar a presença ou não de danos à ordem econômica, o CADE pratica ato *discricionário*.

Foge ao escopo do presente trabalho a investigação dos meios de incremento e maior efetivação das decisões do CADE, mas advoga-se que não é função do magistrado interferir no mérito das decisões do órgão, respeitando a racionalidade jurídico-econômica exarada pelo Conselheiro da autarquia. O mérito da questão deve ser intocável.

3.6. SÍNTESE DO CAPÍTULO

Este capítulo final se ocupou de analisar os institutos mais relevantes para a definição do *sham litigation* no Brasil, a partir do ordenamento jurídico pátrio. Viu-se, primeiramente, que os direitos de petição e ação, em que pese possuírem caráter fundamental no Brasil e serem constitucionalmente protegidos, são passíveis, ainda assim, de limitações e seu uso exacerbado e fora dos limites aceitáveis pode ser punido.

Nesse sentido, verificou-se que o direito concorrencial brasileiro também admite o abuso do direito de petição como ilícito concorrencial. Ainda que não esteja tipificado no rol do art. 36 da Lei 12.529/2011, o CADE já decidiu, em algumas oportunidades, que o agente que lança mão de ações judiciais ou pedidos administrativos infundados, com o objetivo de causar danos ao concorrente, pode ser punido nos ditames da legislação antitruste.

Ainda, importante notar que não houve a simples transposição para o direito brasileiro das diretrizes do *sham litigation* estabelecidas no direito estadunidense. O CADE procurou, em todas as ocasiões em que apreciou casos que versavam sobre o abuso do direito de petição com fins anti-concorrenciais, promover análise tópica, caso a caso, não apenas importar um modelo. Entende-se que esta é a melhor escolha por parte do Conselho, visto que o ordenamento brasileiro possui muitas particularidades, de forma que se prender a uma forma pré-estabelecida no direito estrangeiro poderia resultar em muitas infrações passando ilesas pelo crivo do Conselho.

Por fim, analisou-se o caráter de ato administrativo das decisões do CADE e a importância da manutenção do mérito das decisões do Conselho pelo Poder Judiciário, a fim de realmente efetivar as decisões do órgão e repreender o abuso de poder econômico. Não cabe ao Judiciário se imiscuir na discricionariedade do Conselho em suas decisões, mas apenas verificar seus requisitos formais.

4. CONCLUSÕES

Ao final de cada capítulo do trabalho procurou-se efetuar breve síntese das conclusões, de forma que este espaço final será uma espécie de posfácio do trabalho.

O Direito da Concorrência é um campo fértil para teorizações econômicas e jurídicas acerca de bem-estar social e escolhas eficientes. Não se nega a importância destas disciplinas mas, ao fim deste trabalho, o que se percebe é a necessidade da matéria concorrencial buscar no texto constitucional seus fundamentos de validade e missão no ordenamento jurídico brasileiro.

A ordem econômica não pode deixar de levar em consideração a principiologia constitucional, que tem como objetivo final a realização da justiça social e a consagração do princípio mais caro que ordena o Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana. O Direito da Concorrência, como bem apontado por ANA FRAZÃO, deixa de ser simples instrumento da defesa de mercados ou de conceitos de eficiência econômica. Hoje, o Direito da Concorrência deve se alinhar aos fins constitucionais, sendo instrumentos para a persecução de tais objetivos. O poder econômico (e seu abuso) no cenário nacional possuem preocupações mais abrangentes do que a livre concorrência e proteção dos mercados¹²⁷.

A repressão aos ilícitos concorrenciais, neste sentido, é de extrema importância para a realização dos objetivos da República. O CADE exerce admirável função para a concretização deste desiderato, coibindo os abusos de poder econômico, aplicando multas que desempenham tanto uma função punitiva como uma função exemplificativa para os outros agentes econômicos. Não há como se negar o papel de protagonista que a defesa da concorrência vem alçando no cenário jurídico pátrio.

Em períodos de crise política e econômica, o fortalecimento das instituições é imprescindível e bem-vindo. Nesse sentido, espera-se que o CADE atue de forma incisiva, repreendendo os abusos de poder econômico, desempenhando seu papel essencial para atingir os fins sociais estabelecidos no texto constitucional.

¹²⁷ FRAZÃO, Ana. **A necessária constitucionalização do Direito da Concorrência**, p. 155.

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO, Vinícius Marques de. *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Enforcement perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine**. 2006.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do Direito da Concorrência. In.: CLÈVE, Clèmerson M.; FREIRE, Alexandre. (Coord.) **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al.* **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 270-294.

GUIMARÃES, Aluysio. **O Caso da Barrilha**. In.: Cadernos de Administração Pública, v. 64. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

HEILBRONER, Richard L. **A formação da sociedade econômica**. 5ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its practice**. 2nd Ed. St. Paul: West Group, 1999.

_____. **The Antitrust Enterprise: Principle and Execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

_____. **Sensible Antitrust Rules for Pharmaceutical Competition**. University of San Francisco Law Review, v. 39, 2004

KLEIN, Christopher C. **The Economics of Sham Litigation: theory, cases and policy**. 1989.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In.: **Revista dos Tribunais**, v. 885, ano 98, São Paulo, jul./2009, p. 49-68.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. **Gun jumping: controle prévio de estruturas e o CADE**. Revista do IBRAC, v. 22, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956). In.: **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n. 6, ano 2, Abril/Junho 2004.

MYERS, Gary. Antitrust and First Amendment Implications of Professional Real Estate Investors. In.: **Washington and Lee Law Review**, vol. 51, issue 4, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil – Nova Lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Amanda Flávia De. **Direito da Concorrência e o Poder Judiciário**. 1ª Ed. São Paulo: Forense, 2002

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Fonde de Cultura Economica, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHMIDT, Jeffrey *et al.* **The Noerr-Pennington Doctrine**. American Bar Association, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O proporcional e o razoável. In.: **Revista dos Tribunais**, v. 798, 2002, p. 23-50.

STIGLER, George J. The origins of the Sherman Act. In.: SULLIVAN, E. T. **The political economy of the Sherman Act: the first one hundred years**. New York/Oxford: Oxford University Press, 1991.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SULLIVAN, Lawrence A.; FIKENTSCHER, Wolfgang. On the growth of the antitrust idea. In.: **Berkeley Journal of International Law**, vol. 16, issue 2, 1998.

TALAMINI, Eduardo. Efetivação Judicial das Decisões e Compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei Federal nº 8.884/94). In.: **Procedimentos Especiais Cíveis – Legislação Extravagante**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). In.: **Revista de Processo**, ano 34, n. 177, nov./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.153-183.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VANBERG, Viktor J. **The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism**. Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungökonomik: Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

VINHAS, Tiago Cação. ***Sham Litigation: do abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrencias***. 228 p. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2014.

VISCUSI, W. Kip. *et al.* **Economics of regulation and antitrust**. Cambridge: MIT Press, 1995.